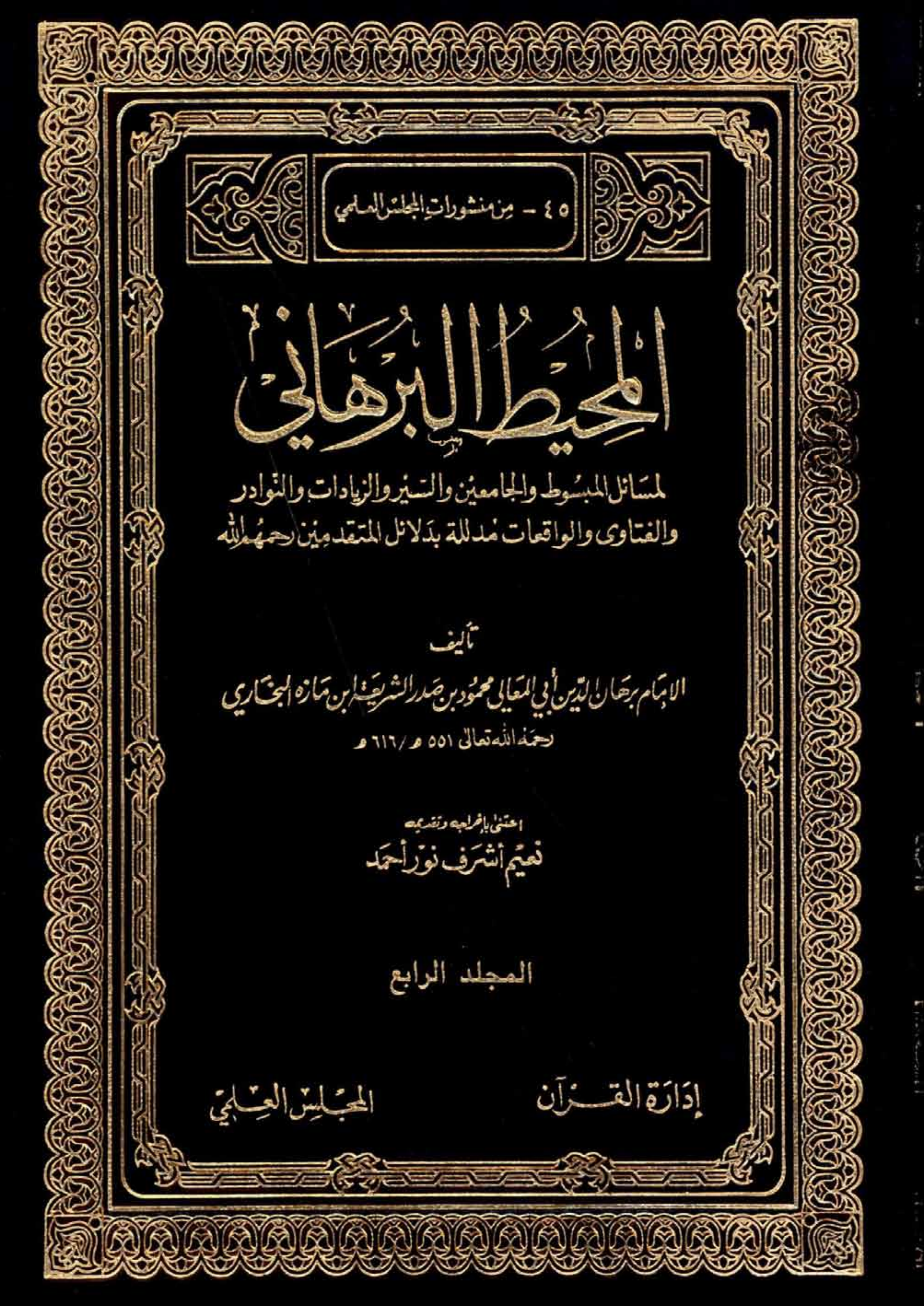


٤٥ - من منشورات المجلس العلمي
المحيط البرهاني
لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله
تأليف
الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ
اعتنى بإخراجه وتصحيحه
نعيم أشرف نور أحمد
المجلد الرابع
إدارة القرآن
المجلس العلمي

المحيط البرهاني

أول طبعة كاملة في العالم الإسلامي

سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

* ٤٣٧ دي گاردن إيست لسبيله كراتشي ٧٤٥٥٠ باكستان
الهاتف : ٧٢١٦٣٨٨ فاكس : ٧٢٢٣٦٨٨-٠٠٩٢٢١
* اردو بازار، ايم اے جناح روڈ كراتشي تلفون : ٢٦٢٩١٥٧
* H-8/1 إستريت 3 مقابل الشفاء إنترنيشنل هاسپتل، إسلام آباد

المجلس العلمي

P. O. Box: 1, Johannesburg 2000, South Africa.
E-mail: wii@global.co.za

Al-Madina Garden Jamshed Road # 2 Karachi 74800, Pakistan.	At Post Simlak Dist. Navsari Gujrat 396415, India.

طبع في مؤسسة نزيه كركي — بيروت — لبنان

الموزع بالمملكة مكتبة الرشد الرياض ، السعودية

كتاب النكاح

هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلا

الفصل الأول : في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح
الفصل الثاني : في الألفاظ التي تكون إجازة وإذنًا في النكاح وفي التي تكون ردًّا وإبطالا
الفصل الثالث : فيما يكون إقرارًا بالنكاح، وما لا يكون إقرارًا به
الفصل الرابع : في الشروط والخيار في النكاح
الفصل الخامس : في تعريف المرأة والزوج في العقد بالتسمية والإشارة
الفصل السادس : في الكفاءة
الفصل السابع : في الشهادة في النكاح
الفصل الثامن : في الوكالة في النكاح
الفصل التاسع : في معرفة الأولياء
الفصل العاشر : في إنكاح الصغار والصغائر، وتسليمهنّ إلى الأزواج وتصرّف الأولياء في المهر
الفصل الحادي عشر : في نكاح الأبكار، وفيه ذكر المواضع التي فيها السكوت رضى
الفصل الثاني عشر : في النكاح بالكتاب والرسالة، وفي النكاح مع الغائب وذُكر في هذا الفصل في تولي الواحد طرفي العقد
الفصل الثالث عشر : في بيان أسباب التحريم من المصاهرة والرضاع ونحوهما
الفصل الرابع عشر : في بيان ما يجوز من الأنكحة، وما لا يجوز
الفصل الخامس عشر : في بيان الأنكحة التي لا تتوقف على الإجازة، والتي تتوقف على الإجازة ولم تنفذ بدون الإجازة وما يحتاج فيه إلى الإجازة

الفصل الأول
فى الألفاظ التى ينعقد بها النكاح، والتى لا ينعقد بها

٣٤٧٣- قال القدورى فى "كتاب عقد النكاح" : النكاح ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضى، نحو أن تقول المرأة : تزوّجت[١]، ويقول الرجل : قبِلت. و [قال :][٢] ينعقد أيضًا بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل، نحو أن يقول الرجل : زوِّجينى، فتقول المرأة : تزوّجت[٣]. وفى "نكاح فتاوى أهل سمرقند" : إذا قال الرجل : دختر خويش مراده، فقال : دادم، ينعقد النكاح. وإن لم يقل الخاطب : پذيرفتم، ولو قال : دختر خويش مرادادى، فقال : دادم، لا ينعقد النكاح ما لم يقل الخاطب : پذيرفتم. أما[٤] إذا أراد بقوله : "دادى" التحقيق دون السوم، فحينئذٍ يصح النكاح وإن لم يقل الخاطب : پذيرفتم. ولو قال لها : خويشتن بمن دادى، فقالت : دادم، فقال الزوج : من پذيرفتم، وههنا لا يمكن حمل قوله : "دادى" على التحقيق؛ لأن معنى التحقيق أن يتضمن هذا الكلام قول الزوج : پذيرفتم، يعنى خويشتن بمن دادى كه من پذيرفتم، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه مع التصريح بعدم القبول بعد ذلك.

وفى "مجموع النوازل" : عن الشيخ الإمام نجم الدين النسفى رحمه الله تعالى : أن فى قوله : دختر خويش مراده، يا دختر خويش بمن، لا بد وأن يقول : بزنى، ويقول الآخر : بزنى دادم، فأما بدون ذلك لا ينعقد النكاح عند بعض المشايخ. وعند بعضهم ينعقد، فلا بدّ من هذه الزيادة لتصير المسألة متفقًا عليها. وفى قوله : دختر خويش بزنى دادى، قال : اختلف مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى بعضهم جعل هذا استفهامًا، وبعضهم جعلوه بمنزلة الأمر معناه خويشتن بزنى بمن ده. قال الشيخ الإمام الزاهد نجم الدين عمر النسفى رحمه الله تعالى : ومعنى الأمر راجح، ألا يرى أن المتعارف فيما بين الناس أنهم يقولون وقت العقد : خويشتن بفلان بزنى دادى، ويريدون به الأمر. سئل نجم الدين رحمه الله تعالى عمّن قال لامرأة :

---

(١) كذا فى الأصل و "ظ"، وفى "التاتارخانية" : زوجت نفسى.

(٢) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل : قيل.

(٣) وفى "التاتارخانية" : زوجت نفسى.

(٤) وفى "م" و "ف" : إلا مكان أما.

خويشتن را بهزار درهم كابين بمن بزنى دادى، فقالت: بالسمع والطاعة. قال: ينعقد النكاح. ولو قالت: سپاس دادم، وقال الزوج: پذيرفتم لا ينعقد؛ لأن الأول إجابة النكاح، والثانى وعد. وسئل هو أيضًا عمّن قال لأب امرأة: دختر خويش را بچندين كابين إجازت كردى مر ابن فلان را؟ گفت كردم. وقبِل الزوج هذه اللفظة أيضًا، فقال: كردم، قال: لاينعقد النكاح إن لم يسبق من غيرهما فى حقهما عقد؛ لأن الإجازة للانتهاء لا للابتداء.

قيل لامرأة: خويشتن[1] بفلان بزنى دادى؟ فقالت: داد، وقيل للزوج: پذيرفتى؟ فقال: پذيرفت، ينعقد النكاح. وإن لم يقل المرأة والزوج: دادم وپذيرفتم لمكان العرف. وعلى هذا البيع والشراء إذا قيل للبائع: فروختى، فقال: فروخت، وقيل للمشترى: خريدى، فقال: خريد، ينعقد البيع وإن لم يقولا: فروختم وخريدم. قيل لامرأة: فلان را باشى، فقالت: باشم، قيل: لا ينعقد النكاح إلا إذا قال الخاطب لها: فلان را بزنى مى باشى، فقالت: مى باشم، فحينئذٍ كفى قولها[2]، وانعقد النكاح بينهما. وقيل: ينعقد، وهو الظاهر بحكم العرف. وإذا قال: خويشتن را زن من گردانيدى، فقالت: گردانيدم، وقال الزوج: پذيرفتم، ينعقد النكاح بينهما.

٣٤٧٤- فى "الأصل": إذا قال لها: تزوّجتك بكذا، فقالت: فعلت [تمّ النكاح، وإن لم يقل الزوج: قبلت، وإذا قال لها: جئتك خاطبًا، فقالت: فعلت][3]، أو قالت: زوّجتك نفسى، كان نكاحًا تامًّا. وكذلك إذا قال لها: خطبتكِ إلى نفسك، فقالت: قد فعلت، كان نكاحًا تامًّا ذكره شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى "شرح الكافى".

٣٤٧٥- وفى "نوادر المعلى": قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لرجل: جئتك خاطبًا ابنتك، أو جئتك لتزوِّجنى ابنتك، فقال الأب: زوّجتك، فقد تمّ النكاح.

٣٤٧٦- وينعقد النكاح بلفظ الهبة، والصدقة، والتمليك، بأن قالت: وهبت نفسى منك، ملكت نفسى منك، تصدَّقت نفسى عليك. ولا ينعقد بلفظ الإحلال والإباحة، وهل ينعقد بلفظ الإجارة؟ فعلى قول [الشيخ الإمام الفقيه][4] أبى بكر الرازى رحمه الله تعالى: لا ينعقد. وعن أبى الحسن الكرخى رحمه الله تعالى: أنه ينعقد، وإنما وقع الاختلاف فى هذا

---

(١) وفى "ظ": خوشتن يا فلان بزنى دادى.

(٢) وفى "ب": كفى قولهما جوابا.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) أثبت من "م".

لاختلاف الروايات عن أصحابنا، روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى : أنّ كل لفظة يملك به شيء، ينعقد به النكاح . وهذه الرواية تدل على جواز النكاح بلفظ الإجارة . وفى رواية ابن رستم عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى : أنّ كل لفظ يملك به الرقاب، ينعقد به النكاح، وما لا فلا، وهذه الرواية تدلّ على عدم جواز النكاح بلفظ الإجارة .

٣٤٧٧- وفى انعقاده بلفظ البيع والشراء بأن قالت المرأة : بعت نفسى منك، أو قال أبو البنت : بعت ابنتى منك بكذا، أو قال الرجل لامرأة : اشتريتك بكذا، فأجابت بنعم، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، كان الفقيه أبو القاسم البلخى يقول بانعقاده، وإليه [أشار][1] محمد رحمه الله تعالى فى "كتاب الحدود"، ورواية الحسن ورواية ابن رستم عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى يدلان[2] عليه ،وهو الصحيح . وفى القرض والرهن اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، وكذلك فى لفظ الإعارة اختلاف المشايخ، حكى عن أبى الحسن الكرخى أنه ينعقد، وكان يقول : الإعارة تفيد ملك المنفعة، ألا يرى أن له أن يعير غيره فيما لا يتفاوت الناس فى الانتفاع به، وعن الفقيه أبى بكر الرازى : لا ينعقد به النكاح، قال : لأن العارية تفيد إباحة استيفاء المنافع دون التمليك، ألا ترى أنه لا يملك الإجارة من غيره . قال الفقيه أبو العباس الناطفى : وكان شيخنا أبو عبد الله يقول : العارية أخذت شبها من أصلين مختلفين، أحدهما الإباحة، ولا ينعقد النكاح بالإباحة، فلا ينعقد النكاح بلفظ العارية بالشك . أما لفظ الإقالة فقد حكى الناطفى فى أجناسه عن شيخه أبى عبد الله الجرجانى رحمه الله أنه لا ينعقد بها النكاح؛ لأنها موضوعة لفسخ عقد سابق، لا لعقد مبتدأ .

٣٤٧٨- قال : وعلى هذا لا ينعقد النكاح بلفظ الخلع، وكذلك [لا ينعقد][3] بلفظ الصلح؛ لأنه موضوع [للحط][4] للحطيطة، ولإسقاط الحق، ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى "شرح كتاب الصلح" : أنّ ابتداء النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز . قال الناطفى : وكذلك لا ينعقد بلفظ الشركة وإن كان يفيد التمليك، كمن قال لغيره : أشركتك فى هذه الجارية، فإنه يفيد تمليكًا، قال الناطفى : إنما كان كذلك؛ لأنها تفيد الملك فى بعض رقبتها، لا فى جميعها، فصار كمن قال لآخر : زوّجتك نصف جاريتى، لأنه لا يصح

---

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل : مال.

(٢) وفى "ظ" : لا يدلان.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٤) أثبت من "ظ".

النكاح، لأنه من حيث إنه لم يزوّج النصف الآخر، لا يستباح وطءها، فاجتمع الحلال والحرام، وكان الحكم للحرام، و[فيه][1] نظر، فقد ذكر فى كثير من الكتب: إذا أضاف النكاح إلى عضو، أو أضاف إليه الطلاق يقع الطلاق يصح النكاح، ولو أضاف الطلاق إلى نصفها يقع الطلاق، ولو أضاف النكاح [إلى نصفها يصحّ النكاح][2] أيضًا، وهذا لما عرف أن المرأة فى حق تخلية النكاح لا يتجزأ، وذكر بعض ما لا يتجزأ ذكر كله.

٣٤٧٩- وفى "البقالى": إذا تزوّج نصفها، فقد ذكر بعضهم أنه يجوز، وأنكره غيره. وأما لفظ الرد هل ينعقد بها النكاح؟ ذكر فى "نكاح الإملاء"[3] رواية بشر بن غياث: أن من طلّق امرأته طلاقًا بائنًا، فقالت: رددت نفسى عليك، فقال الزوج: قبلت، كان نكاحًا، هذا لفظ كناية. قال أبو العباس الناطفى رحمه الله: الردّ قد يكون فى حكم الابتداء، نص فى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: لو مرض الموهوب له، فرد الموهوب على الواهب بغير قضاء، جاز فى قدر ثلثه، ولا يجوز فى قدر ثلثيه.

٣٤٨٠- وأما لفظ المُتعة فقد اختلفت الروايات فيها، ذكر فى "الأصل" وفى "نوادر هشام" عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: لو قال لها[4]: أتزوّجكِ متعة، لا ينعقد به النكاح. وقال فى "الهارونى": قال أبو حنيفة: ينعقد النكاح، ويلغو قوله: متعة. وفى "المنتقى": هشام عن محمد رحمه الله تعالى، إذا قال لامرأة: أتزوّجك متعة، فالنكاح باطل، ولو قال لغيره: أبيعك هذه الدار تلجية بألف درهم، فالبيع جائز. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: البيع والنكاح فاسدان. وفى "الأصل": إذا تزوّج امرأة مدة معلومة، فالنكاح باطل وهو المتعة. وسوى بين الآجال، حتى سمى مائة سنة، وأبطل فيه العقد. قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى: وكثير من مشايخنا قالوا، إذا سميا ما يعلم يقينًا أنهما لا يعيشان إليه البتة كألف سنة، ينعقد النكاح ويبطل الشروط، كما لو تزوّجها إلى قيام الساعة، أو خروج الدجّال، أو نزول عيسى عليه الصلاة والسلام، وهكذا روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

٣٤٨١- وأما لفظ الوصية إن أطلق، وقال: أوصيت لك ببضع ابنتى بألف درهم وقبِل

---

(١) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: ومن نظر.

(٢) أثبت من "ظ".

(٣) هكذا فى "ب" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل الأملاك.

(٤) وفى "م": فيها.

الآخر [أو أضاف العقد إلى ما بعد الموت ، بأن قال : أوصيت لك ببضع أَمَتى بعد موتى بألف درهم وقبِل الآخر ، لا ينعقد النكاح ، ولو قال : أوصيت لك ببضع أمتى للحال بألف درهم وقبِل الآخر][١] ، ينعقد النكاح . ذكره شيخ الإسلام ، وهكذا حكى عن الشيخ أبى عبد الله الجرجانى ، وذكر شمس الأئمة السرخسى مطلقًا أن النكاح لا ينعقد بلفظ الوصية ، وفى كتاب الصلح من "الأصل" : أعطيتك مائة درهم على أن تكونى امرأتى ، فهو جائز إذا قبِلت بمحضر من الشهود ، ويكون ذلك نكاحًا مبتدأ ، فالنكاح ابتداء ينعقد بلفظ الكون ، ولهذا من قال لامرأة كونى امرأتى بمائة ، فقبِلت بمحضر من الشهود صحّ . إذا قال لامرأة : ثبت حقى فى منافع بضعك بألف ، فقالت : قبِلت ، صحّ النكاح .

٣٤٨٢- قال [الشيخ الإمام الأجل][٢] شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى : قال مشايخنا رحمهم الله تعالى [لو قال رجل لامرأة :][٣] كنتِ لى أو صرتِ لى ، فقالت : نعم صرتُ لكَ ، كان نكاحًا [قد قيل بخلافه أيضًا][٤] ، فى كتاب صلح "الأصل" فى باب الصلح فى النكاح إذا ادّعى رجل على امرأة نكاحًا فجحدت ، فصالحها على مائة على أن تقر بذلك ، فهذا الإقرار منها جائز ، وهذا المال لازم ، وهذا الإقرار منها بمنزلة إنشاء النكاح ؛ لأن هذا إقرار مقرون بالعوض ، فيكون عبارة عن تمليك مبتدأ للحال ، كمن قال لغيره : أقر لى بهذا العبد على أن أعطيك مائة ، كان بيعًا حتى لو قال : إلى الحصاد ، لم يجز ، وإذا جعل هذا الإقرار بمنزلة إنشاء النكاح ، فإن كان بمحضر من الشهود يصح النكاح ، ووسعها المقام مع زوجها فيما بينها وبين ربِّها . وإن لم يكن بمحضر من الشهود لا ينعقد النكاح ، ولا يسعها المقام مع زوجها ، هو الصحيح ، وهو نظير ما لو قضى القاضى بالنكاح بشهادة شهود الزور ، ينفذ قضاءه ظاهرًا وباطنًا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ، وجعل ذلك بمنزلة إنشاء النكاح ، فإن كان ذلك بمحضر من الشهود يصح النكاح ، وما لا فلا ، وهو الصحيح .

فى "فتاوى أبى الليث" : إذا قال لامرأة بمحضر من الشهود : راجعتكِ ، فقالت المرأة : رضِيت ، يكون نكاحًا ، فقد نص فى الجامع أن من قال لمطلقَّته طلاقًا بائنًا أو ثلاثًا : إن راجعتكِ فعبدى حر ، ينصرف إلى النكاح ؛ لأن الرجعة قد يراد بها الرجعة المعروفة ، فكان المراد منها

(١) أثبت من "ظ".

(٢) أثبت من "م".

(٣) أثبت من "ب" و "ظ".

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

النكاح . وفى "أجناس الناطفى" : إذا طلّق امرأته طلاقًا بائنًا ، أو ثلاثًا ، ثم قال : إذا راجعتكِ على كذا ، ورضيَت المرأة بذلك ، وكان بمحضر من الشهود كان نكاحًا صحيحًا ، وإن لم يذكر المال ، فإن أجمعا على أن الزوج أراد به النكاح كان نكاحًا ، وإلا فلا . وتبيّن بما ذكر فى "الأجناس" أنّ ما ذكر فى الفتاوى محمول على ما إذا ذكر المال ، أو أقرّ أن الزوج أراد به النكاح .

٣٤٨٣- إذا قال لامرأة : هذه امرأتى ، وقالت المرأة : هذا زوجى ، وكان ذلك بمحضر من الشهود ، لا يكون نكاحًا ، وكذا لو قال بالفارسية : زن وشوئيم ، لا يكون ذلك نكاحًا . وفى "فتاوى النسفى" أنّ فيه اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى ، قال ثمة : ولو قضى قاض بصحة هذا النكاح ينفذ القضاء ، ويصح النكاح . ودلّت المسألة على أن قضاء القاضى فى مثل هذه المجتهدات صحيح ، فإن قال لهما الشهود : أجزتما ، أو رضيتما؟ وقالا : رضينا ، لايكون نكاحًا مبتدأ . فالنكاح لا ينعقد بلفظ الإجازة والرضا ، ولو قال لهما الشهود : جعلتما هذا نكاحًا ، فقالا : نعم ، كان هذا نكاحًا مبتدأ ، فالنكاح ينعقد بلفظ الجعل ، ولهذا إذا قالت المرأة لرجل : جعلت نفسى لكَ بكذا ، وقال الرجل : قبِلت ، كان نكاحًا تامًا .

٣٤٨٤- طلب من امرأة زنا ، فقالت المرأة للطالب : وهبت نفسى منك ، وقبل الطالب ، لا يكون نكاحًا ، بخلاف ما إذا وهبت نفسها منه على وجه النكاح ، فالفرق أن هبة نفسها من طالب الزنا تمكين من الزنا ، وليست هبة حقيقة ، إذ لو كانت هبة حقيقة لا يكون جوابًا لما التمس . والحاجة فى هذا المقام إلى الجواب ، أما هبة نفسها على وجه النكاح هبة حقيقة ، وبالهبة ينعقد النكاح ، وهو نظير ما لو قال لآخر : وهبت منك ابنتى ، وقال الآخر : قبِلت ، كان نكاحًا إذا كان بحضرة الشهود ، ولو قال : وهبت ابنتى منك لتخدمك ، وقبِل الآخر لا يكون نكاحًا .

٣٤٨٥- قيل لرجل : دختر خويش را بمن بارزانى داشتى ، فقال : داشتم ، لا ينعقد النكاح بينهما ؛ لأن هذا اللفظ لا ينبنى قبل التمليك ، ولا يستعمل فيه . فى "فتاوى الفضلى" : إذا قال الرجل لغيره : زوِّج ابنتك منى بألف درهم ، فقال والدها : ادفعها واذهب بها حيث شئت ، وكان ذلك بمحضر من الشهود ، لا ينعقد النكاح . فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى" : إذا قال أب الصغير : اشهدوا أنّى قد زوّجت ابنة فلان الصغيرة من ابنى فلان بمهر كذا ، فقيل لأب الصغيرة : أليس هكذا؟ قال أب الصغيرة : هكذا ، ولم يزد على ذلك ، فالأولى أن يجدِّد النكاح ، وإن لم يجدِّد اجاز -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

الفصل الثانى
فى الألفاظ التى تكون إجازة وإذنا فى النكاح، وما يكون ردّا وإبطالا

٣٤٨٦- رجل زوّج امرأة[١] بغير أمره، فلما بلغه الخبر قال : نِعم ما صنع ، أو قال : بارك الله لنا، أو قال : أحسنت، أو قال : أصبت، قال الفقيه أبو القاسم رحمه الله تعالى : إنه ليس بإجازة، وذكر الصدر الشهيد فى أول نكاح "واقعاته" : أنه إجازة، وهو المختار، واختاره الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى، إلا إذا علم بيقين أنه أراد به الاستهزاء، فحينئذٍ لا يجعل إجازة. قال : وكذلك هذا فى البيع، والطلاق، وكذلك إذا هنَّأه قوم وقبل التهنئة، لا يكون إجازة. وذكر فى "شرح المنتقى[٢]" : أن من باع عبد الغير بغير إذنه، فقال صاحب العبد : أحسنت، وأصبت، ووفقت، أو قال : كفيتنى مؤنة البيع، فأحسنت فجزاك الله تعالى خيرًا، إن ذلك ليس بإجازة. ولو قبض الثمن من المشترى فهو إجازة. وذكر هذه المسألة فى موضع آخر من هذا الكتاب، وذكر قوله : أحسنت ووفقت، إجازة. فى الباب الأول من نكاح "واقعات الصدر الشهيد". إذا قال لأجنبية : إنِّى أريد أن أزوّجكِ من فلان، فقالت بالفارسية : توبه دانى، لا يكون إذنا منها، ولو قالت : ذلك إليك، فهو إذنٌ وتوكيل، وهكذا ذكر فى "أجناس الناطفى" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى.

٣٤٨٧- وفى "واقعات الناطفى" : العبد إذا طلب من المولى أن يأذن له فى النكاح، فقال المولى : ذلك إليك، فهو إذن. ولو قال : أنت أعلم، أو قال بالفارسية : تو ميدانى، ليس ذلك بإذن[٣]؛ لأن قوله تو ميدانى، يحتمل أنه أراد به : تو ميدانى كه اين كار نبايد كرد، وبعض المشايخ قالوا : قوله تو ميدانى، وتو دانى فى عرفنا تفويض وتوكيل، بمنزلة قوله : ذلك إليك، وهكذا حكى عن الفقيه أبى بكر الإسكاف رحمه الله تعالى، أنه كان يقول : إنّ قوله : تو ميدانى، إذن. ووافقه فى ذلك الفقيه أبو القاسم أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى.

٣٤٨٨- رجل زوّج امرأة من رجل بغير أمرها، فبلغها الخبر فقالت : باك نيست، فهذا إجازة، هكذا ذكر الفقيه أبو الليث، وهو قول الفقيه أبى جعفر رحمه الله تعالى؛ لأن هذا

---

(١) وفى "ظ" : ابنته.

(٢) وفى "م" : فى بيوع "المنتقى".

(٣) وفى "م" : فذلك ليس بإذن.

الكلام يستعمل فى الإجازة فى متعارف الناس، ومن مشايخ زماننا من أبى ذلك وقال : إن قولها : باك نيست، غير منبئ عن الإجازة، وهكذا كان يقول محمد بن سلمة رحمه الله تعالى، لكن هذا ليس بصواب؛ لأنه إن لم يكن منبئًا عن الإجازة فهو مستعمل فيها، والإنباء ليس بشرط لا محالة، إنما الشرط هو الاستعمال؛ [لأن الاستعمال من أقوى الحجج][1] وقد وجد، وهو معنى كلام الفقيه أبى جعفر رحمه الله تعالى فى تعليل هذه المسألة : هذا كلام يراد به الإذن، وليس فيه معنى الإذن، أراد به أنه مستعمل فى الإذن، أما لا ينبئ عن الإذن.

٣٤٨٩- رجل زوّج وليّته وهى بالغة، فلما بلغها الخبر، قالت : أنا لا أريد الأزواج[2]، أو قالت : رضيت ببيت أبى، فهذا لا يكون ردًّا للنكاح، ولو قالت : لا أريد فلانًا، فهو ردّ للنكاح، هكذا ذكر فى "المنتقى" عن محمد رحمه الله تعالى. وقيل : هو ردّ فى الوجهين جميعًا، والأول أظهر وأقرب إلى الصواب، إذا استأمرها الولى فى التزويج من رجل، فقالت : غيره أولى، لم يكن ذلك إذنا فى العقد، ولو أخبرها به بعد العقد، وقالت : ذلك كانت إجازة. فى "القدورى" : فى "فتاوى الفضلى" فى عمٍّ قال لابنة أخيه : إنّى أريد أن أزوّجكِ من فلان، فقالت : يصلح، ثم لما فارقها العمّ قالت : لا أرضى، فزوّجها العم قبل أن يعلم قولها : لا أرضى، ممن سمى لها، قال : صحّ النكاح عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن العمّ عنده كالوكيل، والوكيل لا ينعزل قبل العلم، وأما عند محمد رحمه الله تعالى : فينبغى أن لا يصح النكاح؛ لأن العم عنده ليس بوكيل[3]، وإنما يزوّجها لحق له فى تزويجها، وحين زوّجها لحق الولاية، زوّجها وهى غير راضية بذلك، فلا يجوز.

٣٤٩٠- فى "المنتقى" : الثيِّب إذا قبِلت الهدية فليست بإجازة للنكاح، وإذا قبِلت المهر فهو إجازة؛ لأن المهر ثمن رقبتها. وفيه أيضًا : إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى، قال لامرأة : قد تزوّجتكِ على ألف درهم، فقالت : ما زوّجتكَ نفسى، ثم قالت بعد ذلك : قد زوّجتكَ نفسى، فهو جائز. وفيه أيضًا : المرأة إذا زُوِّجت فقالت : لا أرضى، لم أجيز[4]، لم أرضَ، أنا كارهة، فهذا كله فرقة، وليس لها أن ترضى بعد ذلك، وإن وصلت [بعد

---

(١) أثبت من "م".

(٢) وفى التاتاخانية : أنا لا أريد الزواج.

(٣) وفى "م" : ليس كالوكيل.

(٤) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيرهما : أجيز.

ذلك][1] بقولها لا أرضى : ولكننى قد أجزت ، أو وصلت بقولها : أنا كارهة : لكنى قد أجزت ، فهو فى القياس باطل ، لكنى قد أجيزه فى الاستحسان .

٣٤٩١- وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى : إذا زوّج رجل امرأة من رجل بغير أمرها ، فبلغها فقالت : لا أجيز ، فقال لها : افعلى ، فقالت : قد أجزت ، لم يجز وقد بطل النكاح حين ردّت ، ثم قال : إذا ردّت ما قد وقع ، لم يكن لها أن تجيزه . وإذا كان لم يقع بعد مثل مخاطبة الزوج إيّاها فردّت ، كان لها أن تجيزه . وعن هذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال لامرأة : زوّجينى نفسك على ألف ، فقالت : لا أفعل إلا بألفين ، فقال : اتّقِ الله وأجيبينى ، فقالت : قد فعلت ، كان جائزًا .

٣٤٩٢- فى "فتاوى أبى الليث" : المرأة إذا بلغها خبر النكاح ، فأخذها السعال أو العطاس ، فلم يمكنها الرد ، فلما ذهب ذلك عنها ، قالت : لا أرضى ، صح الرد [وكذلك إذا أخذ فمها فلم يمكنها الردّ ، فلما تركت قالت : لا أرضى ، صح الردّ][2] ، وإن تركت الردّ حال ما بلغها الخبر ، لأنها تركت بعذر . وفيه : قالت المرأة لوليها : لا تزوّجنى من فلان ، فإنى لا أريده ، فزوّجها الولى من فلان ، فبلغها الخبر فرضيت ، جاز النكاح ؛ لأن المنع عن الفعل فى حال لا يمنع الرضا به فى حال آخر . ولو قالت : كنت قلت : لا أريد فلانًا ، ولم تزد على هذا ، لم يجز النكاح ؛ لأنها أخبرت عن رأيها الأول .

٣٤٩٣- الأم إذا زوّجت ابنتها الصغيرة حال غيبة أبيها ، فلما حضر الأب قال لها : چرا كردى؟ أو قال : اين كه تو كردى مصلحت نيست ، فهذا لا يكون ردًّا للنكاح . الأم إذا زوّجت ابنتها الصغيرة ولها أب ، وسلّمت الابنة نفسها بعد البلوغ ، فهذا منها إجازة للنكاح . سئل أبو نصر رحمه الله تعالى عن امرأة زوّجها وليّها ، فبلغها الخبر فردّت النكاح ، ثم عاد إليها وليّها فى مجلس آخر ، فقال : إن أقوامًا يخطبونك ، فقالت هى : أنا راضية بما تفعل أنت ، فزوّجها الولى من الذى قد ردّته ، فأبت أيضًا أن تجيز هذا النكاح ، قال : لها أن تردّ؛ لأن قولها : أنا راضية بما تفعله ، ليس بتفويض عام ، ولها أن تصرف ذلك إلى غير الأول من الرجال ؛ لأن تقدير هذا الكلام كأن الولىّ قال لها : إذا أبيت فلانًا فقد خطبك قوم آخرون ، فما ذا تقولين؟ وقالت : قد رضيت بما تفعل ، فيكون ذلك رضى بغير الأول ، بمنزلة من قال لغيره : إنى كرهت صحبة امرأتى فلانة وطلّقها ، فزوِّجنى امرأة ترضاها لى ، فزوّجه المطلقة لم يجز ، كذا ههنا .

---

(١) هكذا فى "ف".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

وفى هذا الجواب نوع نظر عندى ؛ لأن الإباء فى حال لا يمنع الرضا فى حال أخرى ، كما فى المسألة المتقدمة ، فيمكن أن يجعل قولها : أنا راضية بما تفعله ، تفويضًا عامّا ، كما يقتضيه ظاهر اللفظ ، فلا ضرورة إلى صرفه إلى غير الذى ردّته .

٣٤٩٤- وسئل هو أيضًا عن رجل زوّج وليّته ، فلما بلغها الخبر قالت : هو ذميم لا أرضى به ، أو قالت : هو دباغ لا أرضى به ، قال : هذا كلام واحد ، فلا يضرّها ما قدمت ، وبطل النكاح . وسئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى : عن بالغة وكّلت رجلا ليزوّجها من فلان بألف درهم ، فزوّجها منه بخمسمائة درهم ، فلما أُخبرت بذلك قالت : لم يعجبنى هذا الرجل البائس ؛ لنقصان المهر ، فقيل لها : لا يكون لكِ منه إلا ما تريدين ، فقالت : رضيت ، قال : يجوز النكاح ؛ [لأن قولها : لم يعجبنى ، ليس بردّ ، فالرضا ورد على النكاح الموقوف فصحّ][1] .

٣٤٩٥- لو تزوّج العبد امرأة بغير إذن مولاه ، ثم قال له مولاه : طلّقها ، لا يكون ذلك إجازة للنكاح . ولو قال له : طلّقها تطليقة رجعيّة ، أو قال له : طلّقها تطليقة تملك الرجعة ، فهو إجازة للنكاح . فى "الجامع الصغير" وفى "المنتقى" : ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : رجل زوّج رجلا امرأة بغير أمره ، فبلغه الخبر فقال : هى طالق ، لم يكن إجازة وكان ردّا ، وإن قال : فهى طالق ، فهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى قبول ، والطلاق واقع . وقال محمد رحمه الله تعالى : هو ردّ ، ولا يقع الطلاق -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

---

(١) أثبت من "ب" و "م".

الفصل الثالث فيما يكون إقرارًا بالنكاح، وما لا يكون إقرارًا به

٣٤٩٦- قال محمد رحمه الله تعالى فى إقرار "الأصل" : إذا قالت المرأة لرجل : طلِّقنى، فهذا إقرار منها بالنكاح ؛ لأنها طلبت منه ما لا صحة له شرعًا إلا بالنكاح، فتضمّن ذلك إقرارًا بالنكاح، ولأن الطلاق لرفع قيد النكاح، فقولها : طلِّقنى بمنزلة قولها : ارفع عنّى قيد النكاح الذى لك علىّ. وكذلك إذا قال : اخلعنى بألف درهم، فهذا أظهر من الأول؛ لأنها التزمت البدل، والبدل لا يلزمها إلا بزوال ملك الزوج عليها بالخلع.

٣٤٩٧- وكذلك إذا قالت : طلقتنى أمس بألف درهم، خلعتنى أمس بألف درهم، أنت منِّى مظاهر، أنت منِّى مولٍ؛ لأنه لا صحة لشىء مما أخبرت إلا بعد صحة النكاح، فتضمن ذلك إقرارًا منها بصحة النكاح، وكذلك إذا قال الرجل لامرأة : اختلعى منِّى بمال، فهذا إقرار منه أنه تزوّجها، وكذلك إذا قالت : طلِّقنى، فقال لها : اختارى، أمرك بيدك فى الطلاق، فهذا إقرار منه بالنكاح.

٣٤٩٨- ولو قال الرجل : والله لا أقربك [هذا][1] لا يكون إقرارًا منه بالنكاح، بخلاف قوله : أنا منكِ مولٍ؛ وهذا لأن قوله : والله لا أقربك محتمل، يحتمل والله لا أقربك؛ لأنه لا ملك لى عليك، و [يحتمل][2] لا أقربك مع أن لى عليك ملكًا على قصد الإضرار والتعنُّت، والمحتمل لا يصلح لبناء الحكم عليه، قوله : أنتِ علىّ حرام، أنتِ منِّى بائن، أمركِ بيدكِ، اختارى، اعتدِّى، لا يكون إقرارًا بالنكاح إلا إذا خرج جوابًا لقولها طلِّقنى؛ لأن هذه الألفاظ عند مذاكرة الطلاق مستتبعة[3] للطلاق. ولهذا لا يحتاج إلى النيّة، وإيقاع الطلاق إقرار بالنكاح. ولو قال لها : أنتِ علىّ كظهر أمِّى، فهذا لا يكون إقرارًا بالنكاح؛ [لأن هذا إخبار منه بحرمتها، وهو ضدّ موجب النكاح][4]، بخلاف قوله : ظاهرتكِ، أنا منك ظاهر، فإنّ هذا يكون إقرارًا بالنكاح، ولو قال لها : ألم أطلِّقك أمس؟ أمَا طلَّقتُكِ أمس؟ فهذا إقرار بالنكاح؛

---

(١) أثبت من "ب".

(٢) هكذا فى "م".

(٣) وفى "م" و"ب" : متعينة.

(٤) أثبت من "ب" و"م".

لأن فى مثل هذا الاستفهام بمعنى التقرير، قال الله تعالى: ﴿أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِّنكُمْ﴾[1]، أى أتاكم، وتقرير الطلاق لا يكون إلا بعد النكاح، فكان إقرارًا بالنكاح.

ولو قال لها: هل طَلَّقتُكِ أمس؟ فهذا إقرار منه بالنكاح، ولا يكون إقرارًا بالطلاق؛ لأن مثل هذا [الاستفهام][2] للاستئناف لا للتقرير، فلا يصير به مقرّا بالطلاق، ولكن استئناف الطلاق لا يجوز إلا بعد النكاح، فكان إقرارًا منه بالنكاح. وإذا قال لامرأة حرة: هذا ابنى منكِ، فقالت: نعم، أو قالت حرّة لرجل ذلك، فقال الرجل: نعم، كان هذا إقرارًا بالنكاح؛ لأن ثبوت النسب باعتبار الفراش، والأصل فيه الفراش الصحيح؛ لأن الشرع إنما يرد بالصحيح دون الفاسد، ولا يثبت الفراش الصحيح على الحرّة إلا بالنكاح، فكان اتّفاقهما على النسب اتّفاقًا على سببه وهو النكاح، حتى لو كان مكان الحرّة أمَة، لا يكون إقرارًا بالنكاح، هذه الجملة من إقرار "الأصل".

٣٤٩٩- وفى "المنتقى": إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: امرأة قالت لرجل: أنا امرأتكَ، فقال الرجل: أنتِ طالق، فهذا إقرار منه بالنكاح. قال فى "الأجناس": وهذا بخلاف ما لو قال لها ابتداء: أنتِ طالق، حيث لا يكون ذلك إقرارًا بالنكاح، وأشار إلى الفرق، فقال: الطلاق يفضى إلى ارتفاع الزوجية، ولا زوجيّة بين الأجنبيين، ولا كذلك على وجه الجواب؛ لأن من حكم الجواب أن يكون مقصورًا على السؤال، وقد تقدّم ذكر الزوجيّة فيها، فقوله لها: أنتِ طالق، تقديره عن الزوجيّة التى تدّعيها، فيكون إقرارًا بالزوجيّة. وفى "الأجناس" أيضًا: لو قالت: أنا امرأتكَ، فقال: ما أنتِ امرأتى، وأنتِ طالق، فهذا لا يكون إقرارًا بالنكاح.

٣٥٠٠- وفى "المنتقى": امرأة قالت للقاضى: فرِّق بينى وبين هذا، فهذا لا يكون إقرارًا بالنكاح، وفيه أيضًا: عمرو بن أبى عمرو. وفى ["الإملاء"][3]: رجل قال لامرأة: إنِّى أريد أن أُشهد أنِّى قد تزوَّجتُكِ فيما مضى لأمر خفية، فأقرِّى بذلك أيتها المرأة! فقالت: نعم، فأشهَد بذلك وصدَّقته المرأة، ثم تصادقا على ما كانا، فالقول قولهما، لا نكاح بينهما. وأما الطلاق والعتاق فى المرأة، والعبد، والأمَة فلا يصدَّقان على إبطالهما فى القضاء، وأما فيما بينهم وبين الله تعالى فهى امرأته، والعبد والأمَة رقيقين للمولى.

---

(١) الأنعام: ١٣٠.

(٢) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: الكلام.

(٣) هكذا فى "ب" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل و"ظ": الثلاثة.

٣٥٠١- وفى نكاح "الأصل": إذا تزوّج امرأة فى عقد، وامرأتين فى عقدة، وثلاثًا فى عقدة، ولا يعرف الزوج أيتهنّ الأولى إلا أنه يعرف أنه جامع امرأة منهنّ، أو طلّقها، أو ظاهر منها، كان إقرارًا منه بأنها هى الأولى.

ومما يتصل بهذا الفصل:

٣٥٠٢- ما ذكر فى "المنتقى" أيضًا، قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن أختين: إحداهما فاطمة، والأخرى خديجة، فقال رجل: قد تزوّجت فاطمة بعد خديجة، فأخبرنى أن أبا يوسف رحمه الله تعالى قال: فاطمة امرأته؛ لأنه تكلّم بها أولا، قال محمد: وهو كما قال الزوج؛ لأنه وصل وجدَ بين كلامين، واجعل خديجة امرأته، وافرق بينه وبين فاطمة. وكذلك لو أن امرأة قالت: تزوّجت أبا موسى بعد ما تزوّجت أبا حفص، وادّعى الرجلان تزويجها، فهى امرأة أبى موسى عند أبى يوسف رحمه الله تعالى، فلا تصدق عليه، وقال محمد: تصدق عليه، فإن سألها القاضى فقال: من تزوّجتِ؟ فقالت: تزوّجتُ أبا موسى بعد ما تزوّجت أبا حفص، فهى امرأة أبى حفص إذا كان جواب [المنطق][1] استحسانًا، استحسن ذلك أبو يوسف رحمه الله تعالى، ذكر هذا الاستحسان فى "المنتقى" فى مسألة أخرى هى من جنس هذه المسألة، وقال ثمة: وكذلك إذا قال: بعت عبدى من هذا بعد ما بعته منك، فهو مثل التزويج.

٣٥٠٣- وفيه أيضًا: بشر عن أبى يوسف: امرأة قالت: تزوّجتُ هذا الرجل أمس، ثم قالت: تزوّجتُ هذا الرجل الآخر منذ سنة، فهى امرأة صاحب الأمس؛ لأنها أقرّت له أول مرة، فإذا شهد الشهود [على إقرارها][2] لهما جميعًا، فإنى أسأل الشهود بأيهما بدأت، ثم أنفذ الحكم عليه، ولو قالت: تزوّجتهما جميعًا أمس، وهذا منذ سنة، كانت امرأة صاحب الأمس.

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: البطن.

(٢) هكذا فى جميع النسخ التى عندنا.

الفصل الرابع فى الشروط والخيار فى النكاح

٣٥٠٤- الخيارات التى ثبتت فى العقود أنواع أربعة : خيار شرط، وخيار عيب، وخيار رؤية، وخيار إجازة، فخيار الإجازة يثبت فى النكاح كما يثبت فى سائر العقود، وخيار الرؤية لا يثبت فى النكاح، وخيار الشرط كذلك لا يثبت فى النكاح، ولا يبطل به النكاح عندنا. وخيار العيب لا يثبت للزوج عندنا، وكذلك لايثبت للمرأة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وعند محمد: يثبت لها الخيار فى العيوب الخمسة التى عرفت، إذا كان على صفة لا يطيق المقام معه. وإذا شرط أحدهما السلامة لصاحبه عن العمى، والشلل، والزمانة، فوجد بخلاف ذلك لا يثبت الخيار [وكذلك لو شرط أحدهما على صاحبه صفة الجمال، أو شرط الزوج عليها صفة البكارة، فوجد بخلاف ذلك لا يثبت الخيار][1]. ومسألة اشتراط البكارة يأتى بعد هذا.

٣٥٠٥- فى "المنتقى" : ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : إذا قال الرجل لغيره : زوّجتُكَ أَمَتى فلانة بكذا إن رضيت، وقبِل ذلك الغير، فالنكاح جائز، والشرط باطل، ولو قال : بعتك عبدى هذا إن رضى فلان، وسمى رجلا أجنبيًا، فالبيع جائز، والشرط جائز. قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله تعالى : تأويله عندى إذا بيّن وقت الرضا بأن قال اليوم، أو غدًا، وما أشبه ذلك.

٣٥٠٦- وفيه أيضًا : هشام عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال لامرأة : قد تزوّجتكِ بألف درهم إن رضى فلان اليوم، فإن كان الفلان حاضرًا، فقال : قد رضيت، جاز النكاح استحسانًا، وإن كان غير حاضر لم يجز، وليس هذا كقوله : قد تزوّجتك، ولفلان الرضا، هذا قول قد أوجب[2] شرط الخيار [والأول لم يوجب، وجعل الإيجاب مخاطرة، ولو قال : زوّجتك اليوم على أن لك المشيئة اليوم إلى الليل، فالنكاح جائز والشرط باطل، وهو مثل شرط الخيار][3].

٣٥٠٧- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى" : تزوّج امرأة على أن أباه بالخيار،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى "ب" و "ف" و "م" : وجب.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

صح النكاح فلا خيار، ولو قال: تزوّجتكِ إن رضى أبِي، لم يصح، قال الفقيه أبو الليث: لأنه علّق النكاح بالخطر ولا تعلُّق لذلك، وفى الأول وقع فى الحال.

٣٥٠٨- فى "مجموع النوازل": سئل شيخ الإسلام عن رجل خطب إلى رجل ابنته الصغيرة لابنه الصغير، وقال المخطوب إليه: زوَّجتُها من فلان قبل هذا، ولم يصدِّقه الخاطب، فقال المخطوب إليه: إن لم أكن زوّجتُها من فلان فقد زوَّجتُها من ابنك فلان، فقال الآخر: قبِلت، وذلك بمحضر الشهود، ظهر أنه لم يكن زوّجها من فلان، هل ينعقد هذا النكاح بهذه الكلمات؟ قال: نعم، فقيل[1]: أليس هذا تزويجًا معلقًا بالشرط؟ قال: هذا تعليق بما هو موجود فى الحال، ومثل هذا التعليق تحقيق.

٣٥٠٩- فى شرح "الزيادات": إذا قال لأمَته: تزوّجتُكِ على أن أُعتقَكِ، أو قالت الأمَة: تزوَّجنى على أن تُعتقنى، قيل: جاز العتق، ولا يجوز النكاح؛ لأن العتق يتأخر عن النكاح، فيصير متزوِّجا أمَة نفسه. ولو قال لها: تزوَّجتُكِ على عِتقكِ، أُعتقُكِ على بضعك، أُعتقُكِ على تزوُّجِكِ فقبِلت، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى هذه الفصول، عامَّتهم على أنه لا يصح النكاح؛ لأن النكاح يقارن العتق ههنا لكونه بدلا عن النكاح، ثم العتق يصادفها وهى أمَة، فكذا النكاح. وكان القاضى الإمام أبو حازم رحمه الله تعالى يقول: يصح النكاح فى هذه الفصول؛ لأنهما تصرُّفان لا يصح أحدهما وهو النكاح، إلا بتقديم الآخر وهو العتق، فوجب القول بتقديم العتق، كما فى قوله: أعتق عبدك عنِّى على ألف درهم، والصحيح ما ذهب إليه عامة المشايخ رحمهم الله تعالى؛ لأن النكاح مع العتق ذكر على سبيل العوض والمعوض [وما ذكر على سبيل العوض][2] يقترن ثبوته بالمعوَّض لا يسبقه، فصادفها النكاح وهى أمَة، بخلاف قوله: أعتق عبدك عنِّى على ألف درهم؛ لأن هناك المبيع يثبت شرطًا للعتق لا عوضًا عنه، والشرط يثبت أبدا سابقًا إذا أمكن تقديمه على الإعتاق، أما ههنا بخلافه.

٣٥١٠- إذا تزوّجها على أن يعتق أخاها، فقبِلت جاز النكاح، ولا يعتق الأخ إلا بإعتاق مستأنف؛ لأن العتق ههنا موعود، ولا يجبر الزوج على الإعتاق؛ لأن العتق كان موعودًا، ولا جبر فى المواعيد، بعد هذه المسألة على وجهين: إما أن أعتق الزوج أخاها، أو لم يعتق. فإن لم يعتق ينظر إن كان لم يسمِّ لها مهرًا، فلها مهر مثلها، وإن كان سمّى لها مهرًا، فإن كان المسمّى

(١) وفى "ظ": قال.

(٢) هكذا فى "ظ".

مثل مهر مثلها فلها ذلك، وليس لها غيره، وإن كان المسمّى أقلّ من مهر مثلها، فلها تمام مهر مثلها؛ لأنها إنما حطت عن مهر المثل لخلاص [أختها][1] عن ذلّ الرِّق، ولم يحصل لها هذا المقصود.

٣٥١١- وإن أعتق الزوج أخاها، فإن كان الزوج سمّى لها مهرًا، فلها المسمّى، وإن كان المسمّى دون مهر المثل؛ لأن مقصودها قد حصل ههنا، فإن لم يسمِّ لها مهرًا، فلها تمام مهر مثلها، ولو تزوّجها على أن يعتق أخاها عنها فقبِلت، جاز النكاح وصار رقبة الأخ ملكًا لها بنفس العقد، وعتق الأخ عليها بحكم القرابة أعتقه الزوج أو لم يعتقه؛ لأن المرأة طلبت منه أن يعتقه عنها، والعتق عنها لا يثبت إلا بعد تقديم الملك بها، ويثبت العتق عنها بجهة القرابة، وفى هذا الفصل نوع إشكال؛ لأنه أثبت الملك بدون الإعتاق، كما فى قوله: أعتق عبدك عنّى على ألف درهم، والجواب وهو الفرق بين الفصلين: أنّ النكاح يقتضى ملك المهر، فملك العبد يصلح مقتضى النكاح، ويصلح مقتضى العتق فاستويا، فاحتجنا إلى الترجيح فنقول: جعله مقتضى النكاح أولى، لأنا إن جعلناه مقتضى العتق فالعبد يكون مهرًا أيضًا، والملك فى العبد باعتبار أنه مهر، بدليل أنه لو طلّقها قبل الدخول يجب عليها رد نصف قيمة العبد، فكان الترجيح لجانب النكاح، فجعلناه مقتضى النكاح، فيثبت بمجرّد النكاح، ولا كذلك فى قوله: اعتق عبدك عنى؛ لأن قياس الملك يقتضى العتق، لأنا لو لم نجعله مقتضى العتق يبطل كلامها، فجعلناه مقتضى العتق، فلا يثبت قبل ثبوت العتق.

٣٥١٢- ولو تزوّجها على عتق أخيها فقبِلت، جاز النكاح، وعتق العبد على المولى؛ لأنه جعل العتق عوضًا عن النكاح، ولها مهر مثلها؛ لأن عتق الأخ لايصلح صداقًا، فإن كان قد سمى لها مع ذلك ما لا يصلح مهرًا، فلها المسمّى لا غير، وإن كان دون مهر مثلها. ولو تزوّجها على عتق أخيها عنها فقبِلت، جاز النكاح، وعتق العبد عليها، وليس لها غير الأخ؛ لأن التزوّج جعل على رقبة الأخ، لأن العتق عنها لا يكون إلا بعد تقديم الملك لها فى رقبة الأخ، فصار [اشتراط العتق اشتراطًا][2] لتمليك الرقبة منها، ورقبة الأخ يصلح مهرًا، فلايجب شىء آخر لها.

٣٥١٣- ولو كان تزوّجها على أن يعتق عبدًا أجنبيًا من عبيده بعينه، لا قرابة بينه وبينها

---

(١) هكذا فى "ب" و "م" و "ف"، وكان فى الأصل و "ظ": أخيها.

(٢) أثبت من جميع النسخ التى عندنا.

[فقبلت][1]، جاز النكاح، ولا يعتق العبد إلا بإعتاق الزوج، ويكون لها مهر مثلها إن لم يسمِّ لها مهراً، وإن سمى لها ما يصلح مهراً، فلها المسمّى لا غير، وإن كان ذلك دون مهر مثلها؛ لأن الشرط ههنا ليس بمرغوب فيه بخلاف إعتاق الأخ.

٣٥١٤- ولو كان تزوّجها على أن يعتق عنها عبداً من عبيده بعينه لا قرابة بينه وبينها، جاز النكاح، ويصير رقبة العبد ملكًا لها مهراً، وصار الزوج وكيلا عنها بالإعتاق، فإن أعتقه قبل نهى المرأة يصح إعتاقه، وإن نهته، ثم أعتقه كان باطلا؛ لأن تقدير هذا كأنّ المرأة قالت له: ملّكنى هذا العبد، ثم كن وكيلى بالعتق، وكان لها أن تعزله عن الوكالة بخلاف قوله: على أن يعتق أخاها عنها؛ لأن الملك لا يثبت لها فى رقبة الأخ عتق، وإن عزل الزوج عن الوكالة.

٣٥١٥- ولو كان تزوّجها على عتق عبد بعينه، لا قرابة بينه وبينها فقبِلت، جاز النكاح وعتق العبد عن المولى، حتى كان الولاء له، ولها مهر مثلها، وإن كان قد سمى لها مع ذلك ما يصلح مهراً، فلها المسمّى لا غير، وإن[2] كان تزوّجها على عتقه عنها جاز النكاح، وعتق العبد من جهتها، حتى كان الولاء لها، وهو مهرها ليس لها غيره، هذه الجملة من "الزيادات".

٣٥١٦- فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": تزوّج امرأة على أنها بكر [فدخل بها][3] فوجدها غير بكر، فعليه المهر كاملا، ويستوى إن زالت بكارتها بالوطء، أو بالوثبة، أو بطول التعنيس؛ لأن البكارة لا تصير مستحقة بالنكاح فيما إذا اشترى جارية على أنها بِكر، فدخل بها فوجدها غير بِكر، فوجدها زائلة العذرة، فقال البائع: زالت عذرتها بالوثبة. قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: إن صدَّقه المشترى فى ذلك لا يكون له حق الردّ، وإن كذّبه وقال: لا، بل زالت عذرتها بالوطء، كان القول قوله، وله حق الرد، وأكثر المشايخ على أنه له حق الرد على كل حال، وهو الصحيح؛ لأن الناس باشتراط البكارة يريدون صفة العذرة، فبأى طريق زالت العذرة، فقد فات الشرط، فيكون له حق الرد.

٣٥١٧- وفى "فتاوى [الفقيه أبى الليث": قال][4] أبو نصر: قال البلخى: زوّج رجل أَمَته من عبده على أن أمرها بيده يكون كذلك، وقال ابن سلمة: صحّ النكاح، ولا يكون الأمر بيده.

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) وفى "ظ" و "ف": ولومكان وإن.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

٣٥١٨- قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: لو بدأ العبد بقوله: زوِّجني على أن أمرها بيدك، فزوَّجها لا يكون الأمر بيده؛ لوجود التفويض قبل النكاح. فإن بدأ المولى، فقال المولى: زوّجتها منكَ على أن أمرها بيدي أطلِّقها كلما أريد، فقال العبد: قبلت، صار الأمر بيده لوجود التفويض بعد النكاح، بيانه أن العبد لما قال: قبلت في هذه الصورة صار كأنه قال: قبِلت على أن أمرها بيدك، فطلِّقها كما تريد، فيكون التفويض بعد النكاح.

٣٥١٩- ونظير هذا رجل قال لامرأة: تزوّجتك على أنك طالق، أو على أن أمركِ بيدكِ تطلقين نفسك كلما تريدين، فقبلت لا يقع الطلاق، ولا يصير الأمر بيدها، ولو بدأت فقالت: زوَّجتُ نفسي منك على أنِّي طالق، أو على أن أمري بيدي أطلِّق نفسي كلما أريد، فقال الزوج: قبِلت، جاز النكاح، ووقع الطلاق، وصار الأمر بيدها، وتصير هذه المسألة حيلة للمطلَّقة ثلاثًا، إذا خافت من المحلِّل أن يمسكها، ينبغي أن تبدأ هي، وتقول للزوج: زوَّجت نفسي منكَ على أن أمري بيدي أطلِّق نفسي منكَ [كلّما أريد][1]، ثم يقبل الزوج، فيصير الأمر بيدها تطلِّق نفسها كلّما أرادت.

٣٥٢٠- ولو كان الزوج قال لها: تزوّجتك على أنّكِ طالق بعد ما أتزوّجكِ، أو على أنّ أمرك بيدك بعد ما أتزوّجكِ، تطلِّقين نفسك كلّما تريدين، فقالت المرأة: قبِلت، تطلق ولايصير الأمر بيدها. وفي "المنتقى": الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، إذا قال لها: أتزوّجكِ على أن أمرك بيدك بعد ما أتزوّجكِ شهرًا، فالنكاح جائز، وأمرها بيدها شهرًا منذ تزوّجها، فإن اختارت زوجها في يوم من الشهر لم يبطل خيارها في باقي الشهر. وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يبطل خيارها في باقي الشهر.

٣٥٢١- تزوّج امرأة على أن يأتي بعبدها الآبق، يجوز النكاح فلها مهر مثلها، هكذا قاله الفقيه أبو القاسم رحمه الله تعالى. وعنه أيضًا: تزوّج امرأة على أنه مدني، فإذا هو قروي، لا خيار لها. وفي "الجامع": قال أبو الليث الكبير رحمه الله تعالى: زوّج أَمَته رجلا على أن كل ولد تلده فهو حرّ، فالنكاح جائز والشرط كذلك، وكل ولد تلده فهو حرّ.

٣٥٢٢- وفي "فتاوى أبي الليث": رجل تزوّج امرأة، ولم يسمّ لها مهرًا، على أن تدفع المرأة إلى الزوج هذا العبد، يقسّم مهر مثلها على قيمة العبد، وعلى مهر مثلها؛ [لأنها بدّلت البضع، والعبد بإزاء مهر مثلها، والبدل ينقسم على قدر قيمة المبدل][2]، فما أصاب قيمة

---

(١) أثبت من "ظ" و"ف".

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

العبد، فالبيع فيه باطل؛ لأنها باعته بشيء مجهول، ويصير الباقي مهرًا لها.

٣٥٢٣- وفي "واقعات الناطفي": رجل قال لامرأة: أتزوّجكِ على أن تعطيني عبدك هذا، فأجابته بالبكاء، فالنكاح جائز بمهر المثل، ولا شيء له من العبد. قوله: "لا شيء له من العبد" ظاهر؛ لأنه اشترى العبد شراء باطلا، لأنه اشتراه بثمن مجهول. وقوله: "فالنكاح جائز بمهر المثل"، تفسيره ما قلنا في المسألة المتقدّمة: إن مهر مثلها يقسم على مهر مثلها، وعلى قيمة العبد، فما أصاب مهر مثلها يصير مهرًا لها.

الفصل الخامس
في تعريف المرأة والزوج في العقد بالتسمية والإشارة

٣٥٢٤- امرأة وكّلت رجلا ليزوّجها من نفسه، فذهب الوكيل، وقال لجماعة: اشهدوا أنّي قد تزوَّجت فلانة، ولم يعرف الشهود فلانة، لا يجوز النكاح ما لم يذكر اسمها، واسم أبيها، واسم جدِّها؛ لأنها غائبة، والغائبة لا تعرف إلا بهذه الأشياء، ألا ترى أنه لو قال بين يدى الشهود: تزوّجت امرأة وقد وكَّلتني بنكاحها، لا يجوز، وإنما لا يجوز لما قلنا، هكذا ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في الباب الأول من "واقعاته".

٣٥٢٥- وذكر الخصّاف في حِيَله مسألة تدل على أن مثل هذا التعريف يكفي لجواز النكاح، وصورة ما ذكر الخصّاف: رجل خطب امرأة إلى نفسها، فأجابته إلى ذلك، وكرهت أن يعلم بذلك أولياءها، فجعلت أمرها في تزويجها إليه، واتفقا على المهر، فكره الزوج أن يسميها عند الشهود، قال: ينبغي للزوج أن يقول بين يدى الشهود: إنِّي خطبت امرأة إلى نفسي، وبذلت لها من الصِّداق كذا وكذا، فرضيت بذلك، وجعلت أمرها إليّ بأن أتزوجها، فأشهدكم أنِّي قد تزوجت المرأة التي جعلت أمرها إليّ على صداق كذا وكذا، فينعقد النكاح بينهما إذا كان كُفُؤًا لها.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: إنّ الخصّاف كبير في العلم، وهو من جملة من يصح الاقتداء به. قال رحمه الله تعالى: وذكر في "المنتقى" أيضًا أن مثل هذا التعريف لا يكفي، فيتأمل عند الفتوى، هذا إذا كان الشهود لا يعرفون فلانة، فأما إذا كانوا يعرفونها قد ذكر الزوج اسمها لا غير، جاز النكاح، وإن كانت غائبة إذا عرف الشهود أنه أراد به المرأة التي يعرفونها؛ لأن المقصود هو التعريف، وقد حصل التعريف بمجرّد ذكر الاسم.

٣٥٢٦- وفي "البقالي": أنه إذا لم يسمِّها الزوج، ولم يعرفها الشهود وسعه فيما بينه وبين ربِّه، وفيه أيضًا إذا قال: المرأة التي هي في هذا البيت، جاز إن كانت وحدها، وإن كانت المرأة حاضرة إلا أنها متنقِّبة لا يعرفها الشهود، فقال الزوج: تزوّجت هذه المرأة، وقالت المرأة: زوّجت، جاز وهو المختار خلافًا لما يقوله نصير رحمه الله؛ لأنها حاضرة، والحاضرة تعرف بالإشارة، والاحتياط أن تكشف وجهها، أو تذكر أبوها، وجدَّها، فيقع الأمن من أن يرجع

الأمر إلى القاضي الذي يميل إلى قول نصير، فيبطل النكاح.

٣٥٢٧- جارية لها اسم سمِّيت به في صغرها، فلما كبرت سميت باسم آخر، تزوّج باسمها الآخر، جاز إن صارت معروفة بهذا الاسم.

٣٥٢٨- في نكاح "فتاوى أبي الليث": رجل له ابنة واحدة اسمها فاطمة، فقال لرجل: زوّجتُ منك ابنتي عائشة، ولم تقع الإشارة إلى شخصها، ذكر في "فتاوى الفضلي": أنه لاينعقد النكاح؛ لأنه إذا لم تقع الإشارة إلى شخصها كان انعقاد النكاح بالتسمية، وليس له ابنة بهذا الاسم. ولو قال: زوّجت ابنتي منك، ولم يزد على هذا، وله ابنة واحدة جاز؛ لأنه أمكن تصحيح النكاح بدون التسمية.

٣٥٢٩- وفي أول شرح عتاق "الأصل": إذا قال لغيره: بعتُكَ عبدي، أو قال: عبدًا لي، وليس له إلا عبد واحد، هل يجوز البيع؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: يجوز، كما لو قال: بعتُكَ عبدًا لي في مكان كذا، وليس له في ذلك المكان إلا عبد واحد، وذلك جائز بلا خلاف. وبعضهم قالوا: لايجوز، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في باب الشهادة على العتق، وبه أخذ شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى، فيجوز أن تكون مسألة النكاح على الاختلاف بين المشايخ كمسألة البيع.

٣٥٣٠- في "فتاوى الفضلي" أيضًا: إذا كان للرجل ابنتان كبرى اسمها عائشة، وصغرى اسمها فاطمة، فأراد أن يزوِّج الكبرى، وعقد النكاح باسم فاطمة، بأن قال: زوّجتُ منك ابنتي فاطمة، ولم يشر إلى إحداهما، ولم يقل: ابنتي الكبرى، ينعقد النكاح على فاطمة، ولو قال: زوّجت منك ابنتي الكبرى فاطمة لم يذكر هذا الفصل ثمة، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في "واقعاته": يجب أن لاينعقد النكاح أصلا؛ لأنه ليس له بنت كبرى بهذا الاسم. إذا أراد أن يزوّج أَمَته من إنسان، فقال: زوَّجتُ منك أَمَتي فتلغ، أو قال: بنفسه جاز إذا لم يكن له بهذا الاسم إلا أَمَة واحدة، وكذا لو أراد أن يزوِّج امرأة من عبده، فقال: زوَّجتُك من عبدي بشير، جاز إذا لم يكن له غلام آخر بهذا الاسم، ألا يرى أنه إذا زوّج ابنته يقول: زوّجت ابنتي فاطمة مثلا، وإذا أراد أن يزوِّج ابنه، يقول: ابني أحمد مثلا، يجوز إذا لم يكن له ابن آخر، وابنة أخرى بهذا الاسم، كذا هنا.

٣٥٣١- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": رجل أراد أن يزوِّج ابنته الصغيرة من ابن صغير لغيره، فقال أبو الصغيرة لأب الصغير: زوجت ابنتي الصغيرة فلانة لابنك الصغير فلان، وقال أب الصغير: قبِلت، جاز النكاح للابن، وإن لم يقل الأب: قبِلت للابن؛ لأن

المزوِّج أوجب العقد للابن، وقبُول المزوِّج جواب، والجواب يتقيّد بالإيجاب، فكأنه قال: قبِلت للابن، وفى هذا الموضع أيضًا: رجل خطب لابنه الصغير امرأة، فلما اجتمعا للعقد قال أب المرأة لأب الصغير بالفارسية: دادم ترا اين دختر بزنى بهزار درم، فقال أب الابن: پذيرفتم، يجوز النكاح للأب، وإن جرى بينهما مقدِّمات النكاح للابن، هو المختار؛ لأن الأب أضاف النكاح إلى نفسه، وهذا أمر يجب أن يحتاط فيه.

٣٥٣٢- وفى "البقالى": إذا خطب الرجل صغيرة لابنه الصغير، فقال أب الصغيرة لأب الصغير: وهبتها لك، فقال أب الصغير: قبِلتها لابنى جاز.

٣٥٣٣- فى "مجموع النوازل": سئل شيخ الإسلام الإمام خواهر زاده رحمه الله تعالى عن رجل قال لآخر: زوّجت ابنتى فلانة من ابنك فلان بكذا، ولفلان ابنان، فقال فلان: قبِلت لابنى، ولم يقل: فلانًا، لا يجوز النكاح، ولو قال: قبِلت، ولم يقل: لابنى، جاز النكاح للابن المسمى فى التزويج؛ لأن فى الفصل الثانى أمكن جعل قوله: "قبِلت" جوابًا للإيجاب السابق؛ لأنه لم يزد على حرف الجواب، فتقيّد بالإيجاب، وصار كأنه قال: قبِلت لابنى فلان، أما فى الوجه الأول زاد على حرف الجواب، وقصّر عن التمام، فلا يمكن أن يجعل جوابًا، فلايتقيّد بالإيجاب، فبقى القبول بينهما فلا يصحّ.

فالحاصل: أنه إذا كان للمزوِّج ابنة واحدة، وللقابل[1]: ابن واحد، فقال: زوّجت ابنتى من ابنك، يجوز على ما ذكر الفضلى، وعلى قياس مسألة البيع المذكور فى العتاق يكون فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، وإن كان للمزوِّج ابنة واحدة، وللقابل ابنان، فسمى المزوِّج الابنة، والابن باسمهما، إن سمّى القابل الابن باسمه، صحّ النكاح للابن المسمّى، وكذلك إذا لم يسمِّه، واقتصر على قوله: قبِلت، يجوز النكاح للابن المسمّى، ويجعل قول القابل: قبِلت جوابًا، فيتقيّد بالإيجاب، ولو ذكر القابل الابن إلا أنه لم يسمِّه باسمه، بأن يقول: قبِلت لابنى، لا يصح؛ لأنه لا يمكن أن يجعل جوابًا، لأنه زاد على حرف الجواب، فإنه كان يكفيه قبِلت، بخلاف ما إذا سمّى الابن باسمه؛ لأنه زاد على حرف الجواب لما قصر عن التمام، وجنس هذا فى الجامع فى الأيمان.

(١) وفى "ب": وللأب، وفى "م": وللقائل.

الفصل السادس فى بيان الكفاءة

٣٥٣٤- الكفاءة معتبرة فى باب النكاح، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه عنه جابر رضى الله تعالى عنه: «لا يُنكح النساء إلا من الأكفاء»، وقال عليه الصلاة والسلام: «ألا لا يُزوِّج النساء إلا الأولياء ولا يُزوَّجن إلا من الأكفاء»[١]، والحكمة فى اشتراطها تحقيق ما هو المقصود من النكاح، وهو السكن والازدواج، إذ المرأة تعير باستفراش من لا يكافئها، ثم اعتبارها من وجوه:

أحدها: النسب، واعلم أن الناس طبقات ثلاث: قريش، والعرب، والموالى، فقريش بعضهم أكفاء لبعض، والعرب بعضهم أكفاء لبعض، ولا يكون العرب أكفاء لقريش، والموالى بعضهم أكفاء لبعض، ولا يكون الموالى أكفاء للعرب، ولا لقريش. وقال شيخ الإسلام المعروف بـ "خواهر زاده رحمه الله تعالى": الكفاءة فيما بين الموالى تعتبر بالإسلام لا بالنسب؛ لأن الموالى ضيّعوا أنسابهم، فلا يعتبر فى حقهم النسب، وما قال محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب: الموالى بعضهم أكفاء لبعض، إلا أن يكون أمراء[٢] مشهوراً، فإنما قال ذلك تعظيمًا لأمر الخلافة، أو تسكينًا للفتنة، والعالم يكون كُفُوًا للعلوية؛ لأن للعالم شرف الكسب، يعنى يكسب العلم[٣]، وللعلوية شرف النسب، وشرف الكسب أوفى، وعن هذا قيل: إن عائشة رضى الله تعالى عنها أوفى[٤] من فاطمة رضى الله تعالى عنها؛ لأن لعائشة شرف كسب العلم، قال رسول الله ﷺ: «إنكم تأخذون ثلثى دينكم من عائشة، ولفاطمة شرف النسب».

٣٥٣٥- والثانى: المال، إلا رواية عن أبى يوسف رحمه الله تعالى رواه ابن زياد أن الكفاءة فى المال غير معتبرة، وفى ظاهر الرواية معتبرة، والمعتبر فيه القدرة على المهر، والنفقة، ولا يعتبر الزيادة على ذلك، حتى إنّ من كان قادراً على المهر والنفقة كان كُفُوًا لها، وإن كانت صاحبة أموال كثيرة، وهو الصحيح من المذهب، وإن كان يقدر على نفقتها

(١) قال الزيلعى فى "نصب الراية" (٣: ٢٤٧): أخرجه الدارقطنى، ثم البيهقى فى "سننيهما".

(٢) وفى "ف": نسبا مشهوراً، وفى "ب" و "م" و "ف": أمرًا مشهوراً.

(٣) وفى "ف": يعنى به كسب العلم.

(٤) وفى "ظ": أفضل.

بالكسب، ولا يقدر على مهرها، اختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى، عامّتهم على أنه لايكون كُفُؤًا لها، وذكر هشام في "نوادره" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يكون كُفُؤًا لها، وكذا روى [عن محمد، وروى عن أبي يوسف][1] رواية أخرى: أنه إذا كان يقدر على المعجل، فهو كُفُؤ لها. قال شيخ الإسلام: وهو الصحيح، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان، ذكره البقالي في "فتاواه".

٣٥٣٦- وفي "المنتقى" عن محمد رحمه الله تعالى: إذا كان للرجل المهر والنفقة لستة أشهر. فهو كُفُؤ، والقياس نفقة شهر[2]، وفيه أيضًا عنه: إذا كان يجد نفقة المرأة، ولا يجد نفقة نفسه فهو كُفُؤ، ثم إنما يعتبر القدرة على النفقة إذا كانت المرأة كبيرة، أو صغيرة تصلح للجماع، أما لو كانت صغيرة لا تصلح للجماع، لاتعتبر القدرة على النفقة؛ لأنه لا نفقة لها في هذه الصورة، ويكتفي بالقدرة على المهر، إليه أشار ابن رستم في "نوادره".

٣٥٣٧- في "المنتقى": لو تزوّجها وهو فقير فتركت له المهر، فهذا ليس بكُفُؤ لها، وينبغي أن يقدر على مهرها ونفقتها يوم تزوّجها، في "فتاوى أهل سمرقند": رجل زوّج أخته -وهي صغيرة وهو وليُّها- من صبي ليس له طاقة المهر، وقبِل أبوه النكاح، وهو غني جاز؛ لأن الصغير يعدُّ غنيّا في حق المهر بغنى الأب، ولا يعدُّ غنيّا في حق النفقة بغنى الأب؛ لأن العادة أنّ الآباء يتحمَّلون المهر عن الأبناء، ولايتحمَّلون النفقة.

٣٥٣٨- في "فتاوى أهل سمرقند": وفي "فتاوى الفضلي": سئل عن العم إذا زوّج الصغيرة من صبيٍّ صغير لا مال له، ولأبيه مال كثير، وللصغيرة مال كثير، هل يكون هذا كُفُؤًا لها؟ وهل يجوز النكاح؟ قال: اختلف المتأخرون فيه من علمائنا رحمهم الله تعالى، منهم من لم يرهُ كُفُؤًا لها، ومنهم من يجعله كُفُؤًا لها؛ لأنه يعدُّ غنيّا بغناء أبيه، ولم يفصل بين المهر والنفقة. قال رحمه الله تعالى: وقول من قال إنه كُفُؤ لها أعجبُ إليّ، في هذا الموضع أيضًا: رجل يملك ألف درهم، وعليه دَين ألف درهم، فتزوّج المرأة بألف درهم، ومهر مثلها ألف درهم جاز، وهذا الرجل كُفُؤ لها، وإن كانت القدرة على المهر شرطًا؛ لأن القدرة ثابتة ههنا، فإنه يقضي أي الدَّينين شاء بذلك المال.

٣٥٣٩- والثالث: الحريّة، فالعبد لا يكون كُفُؤًا للحرّة، وكذلك المعتق لا يكون كُفُؤًا للحرّة الأصلية، والمعتق أبوه أو جدّه لا يكون كُفُؤًا للمرأة التي لها أبوان في الحريّة عند أبي

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا في باقي النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: نفقة شتة أشهر.

حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافًا لأبي يوسف في الجد، ومن كان له أبوان في الحريّة، كان كُفُوًا لمن كان له ثلاثة آباء في الحريّة، أو أكثر من ذلك، امرأة أمّها حرّة الأصل، وأبوها معتق قوم، فالمعتق لا يكون كُفُوًا لها؛ لأن المعتق قد بقي فيه أثر من آثار الرِّق وهو الولاء، والمرأة إذا كانت أمّها حرّة الأصل كانت هي حرّة الأصل، فلا يكون المعتق كُفُوًا لهذه المرأة.

٣٥٤٠- في "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": في "المنتقى": قال هشام: سمعت محمدًا رحمه الله تعالى في رجل خطير زوّج ابنته من مملوك نفسه، قال: إن كانت الابنة كبيرة ورضيت به جاز، وإن كانت صغيرة [لم يجز، فقلت: إنّ أبا يوسف أجازه، فلم يَقبل ذلك منِّي، وكذلك إذا زوّج ابنته من مكاتبه، إن كانت كبيرة ورضيت به جاز، وإن كانت صغيرة][1] لا يجوز، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجوز في الفصلين جميعًا، بناء على مسألة الكفاءة على ما يأتي بيانها في آخر الفصل -إن شاء الله تعالى-.

٣٥٤١- والرابع: إسلام الأب في الموالي، من أسلم بنفسه لا يكون كُفُوًا لامرأة لها [أب في الإسلام، ومن له أب في الإسلام لا يكون كُفُوًا لامرأة لها][2] أبوان في الإسلام عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافًا لأبي يوسف في الجدّ، ومن كان له أبوان في الإسلام كان كُفُوًا لامرأة لها ثلاثة آباء في الإسلام أو أكثر، والكلام في إسلام الجدّ، وفي حريّة الجد مبني على أن التعريف هل يحصل بدون ذكر الجد؟ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يحصل، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يحصل، هذا في حق الموالي. وأما في حق العرب فإسلام الأب ليس بشرط.

٣٥٤٢- في "المنتقى": إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: من كان له أب واحد في الإسلام، وله فضل ودَين، هل يكون كُفُوًا لمن له أبوان في الإسلام؟ قال: إذا كان استويا في المال على ما يرى الناس، فربما يكون الذي له أب كُفُوًا لمن له أبوان، وكذلك هذا في الحريّة. وروى المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: من أسلم على يدي إنسان، لا يكون كُفُوًا لمولى العتاقة. وذكر ابن سماعة عنه في الرجل أسلم والمرأة معتقة أنه كُفُؤ لها.

٣٥٤٣- والخامس: التقوى والحسب، حتى لا يكون الفاسق كفؤًا للعدل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، سواء كان معلن الفسق أو لم يكن، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: أن الصحيح عند أبي حنيفة أن الكفاءة في

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

التقوى والحسب[١] غير معتبرة، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه اعتبر الكفاءة فى الحسب، ولم يعتبرها فى التقوى، وفسّر الحسب فقال: هو من مكارم الأخلاق، حتى روى عنه أن الذى يشرب المُسكِر، إن كان غير متهتِّك بسكر حيث يسكر[٢]، كان كُفُؤًا لامرأة صالحة من أهل البيوتات [وإن كان يصير ضحكة حيث يسكر ويستهزئ به، ويعير به، ويتهتّك به، لايكون كُفُؤًا لامرأة صالحة من أهل البيوتات، هكذا ذكر شمس الأئمة الحلوانى، وذكر شمس الأئمة السرخسى عن محمد: أنّ الذى يسكر ويخرج ويستهزئ منه الصبيان، لايكون كُفُؤًا لامرأة صالحة من أهل البيوتات][٣] [وكذلك أعوان الظلمة منهم من لا يكون كُفُؤًا لامرأة صالحة من أهل البيوتات][٤]، وإن كان مهيبًا معظمًا فى الناس فهو كُفُؤٌ لامرأة صالحة من أهل البيتوتات. وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى، أنه قال فى الذى يشرب المسكر: إن كان يشرب ذلك، ولا يخرج سكرانًا كان كُفُؤًا لامرأة صالحة من أهل البيتوتات، وإن كان يعلن ذلك لايكون كُفُؤًا لها، فما ذكر شمس الأئمة السرخسى من قول محمد رحمه الله تعالى يوافقما ذكره شمس الأئمة الحلوانى من قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، قيل: وعليه الفتوى.

٣٥٤٤- والسادس: الكفاءة فى الحِرَف، فقد اعتبر أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وهو إحدى الروايتين عن أبى حنيفة، وعن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه: أنّ الناس بعضهم أكفاء لبعض، إلا حائكًا، أو حجّامًا[٥]، وفى رواية: أو دبّاغًا، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: ورابعهم الكنّاس، فواحد من هؤلاء الأربعة لايكون كُفُؤًا للصيرفى والجوهرى، وعليه الفتوى. وكان القاضى الإمام أبو على النسفى رحمه الله تعالى يقول: وههنا جنس خامس، أحسن من كلهم، وهو الذى يخدم الظلمة [الذى يدّعى ساكريا وقائفا][٦]، وإن كان صاحب مروة قال: فصفة الظلم فيه خساسة؛ لأنه يأكل من دماء الناس وأموالهم. بعد هذا المروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى، أنّ الحِرف متى تقاربت لا يعتبر [التفاوت][٧]، وتثبت

(١) وفى "ظ": أن الكفاءة فى الحسب، ولم يعتبرها فى الفتوى والحسب غير معتبرة.

(٢) وفى "م": حتى.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) أثبت من "م".

(٥) ذكره الزيلعى فى "نصب الراية" (٣: ٢٥٠)، قال: أخرجه الدارقطنى عن ابن عمر مرفوعًا.

(٦) هكذا فى "ب" و"ظ" و"ف".

(٧) هكذا فى "م"، وكان فى النسخ التى عندنا: التقارب.

الكفاءة، فالحائك يكون كُفُؤًا للحجّام، والدبّاغ يكون كُفُؤًا للكنّاس، والصفّار يكون كُفُؤًا للحدّاد، والعطّار يكون كُفُؤًا للبزاز، قال شمس الأئمة رحمه الله تعالى: وعليه الفتوى.

٣٥٤٥- والسابع: الكفاءة فى العقل، فإنها معتبرة عند بعض المتأخرين من المشايخ رحمهم الله تعالى، حتى إنّ الزوج إذا كان مجنونًا لا يكون كُفُؤًا للمرأة[1] العاقلة، وعند بعضهم غير معتبرة؛ لأن الجنون بمنزلة المرض، ثم سائر الأمراض لا تسلب الكفاءة، فكذلك الجنون.

٣٥٤٦- ثم المرأة إذا زوّجت نفسها من غير كُفُؤ، صحّ النكاح فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وهو قول أبى يوسف آخرًا، وهو قول محمد آخرًا أيضًا: لما يأتى بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى. حتى إنّ قبل التفريق يثبت فيه حكم الطلاق، والظهار، والإيلاء، والتوارث وغير ذلك، ولكن للأولياء حق الاعتراض؛ لأنها ألحقت الشين بالأولياء بنسبة من لا يكافئهم إليهم بالصهرية، وكان لهم أن يدفعوا هذا الشين عن أنفسهم، وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: أنّ النكاح لا ينعقد، به أخذ كثير من مشايخنا رحمهم الله تعالى، ولا يكون التفريق بذلك إلا عند القاضى، يريد به أنه ينبغى للولى أن يرفع الأمر إلى القاضى؛ ليفسخ القاضى العقد بينهما، أمّا بدون فسخ القاضى لا ينفسخ النكاح بينهما، وإذا فسخ القاضى العقد بينهما يكون هذا فرقة بغير طلاق، حتى لو لم يكن الزوج دخل بها، فلا شىء لها من المهر، وإن كان قد دخل بها، فلها ما سمى من المهر، وعليها العدّة، والذى يلى المرافعة إلى القاضى المحارم عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، وعند بعضهم المحارم وغير المحارم فى ذلك على السواء، حتى يثبت ولاية المرافعة لابن العم ومن أشبهه، وهو الصحيح.

٣٥٤٧- فى "البقالى": وإذا زوّجها أحد الأولياء من غير كُفُؤ برضاها، لا يكون للآخرين حق الاعتراض إذا كان مثل المزوّج أو دونه فى الدرجة، أما إذا كان أقرب من المزوّج فله حق الاعتراض؛ لأن المزوّج لا يكون وليّا إذا كان لها ولىّ أقرب منه، وكان هو وأجنبى آخر سواء، وسكوت الولى عن المطالبة بالتفريق لا يكون رضى منه بالنكاح من غير الكفؤ، وإن طال ذلك حتى تلد منه. وإذا زوّجها الولى من غير كفؤ، ثم فارقته، ثم زوّجت نفسها منه بغير إذن ولىّ، كان للولى حق التفريق، ولا يكون رضاه بالنكاح الأوّل رضا بالنكاح الثانى.

٣٥٤٨- فى نكاح "الأصل": ولو طلّقها طلاقًا رجعيّا وراجعها [بعد][2] رضى

---

(١) وفى "ظ": للحرة.

(٢) هكذا فى "م"، وكان فى النسخ التى عندنا: بغير مكان بعد

الولي[1]، لا يكون للولي حق التفريق، في نظم الزندويسي يريد به إذا كان أصل النكاح برضى الولي، وإذا زوّج الأب ابنته الصغيرة من رجل، وهو ليس بكُفُؤ جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافًا لهما، ولو زوّجها غير الأب والجدّ من رجل ليس بكُفُؤ لها، بأن زوّجها ممّن لا يقدر على مهرها ونفقتها، وما أشبه ذلك[2]، فلا رواية في هذا الفصل عن أصحابنا المتقدّمين، ولا عن أصحابنا المتأخّرين. وإنما الرواية عن المتأخّرين فيما إذا زوّجها غير الأب والجدّ، وقصّر في مهرها أنه لا يجوز النكاح، قال الفضلي: على قياس مسألة التقصير في المهر ينبغي أن لا يجوز هذا النكاح بلا خلاف، قيل له: إن كان عقد النكاح على أن فلانًا ضامن لها المهر والنفقة، قال: لا يجوز أيضًا، وإنما يجوز في هذا إذا كان الزوج صغيرًا، وأبوه غنيّ، فيكون غنيًا بغناء الأب استحسانًا.

٣٥٤٩- في "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": غير الأب والجدّ إذا زوّج الصغيرة من رجل كان جدّه معتق قوم، أو كان جدّه أسلم، وكان للصبيّة آباء أحرار مسلمون، ثم أدركت، فأجازت لم يجز؛ لأن هذا النكاح لم يكن موقوفًا، لأنه لم يكن له مجبر[3]، لأن نكاح هؤلاء من غير الكُفُؤ لا يجوز [وهذا ليس بكُفُؤ][4]، وهذا إنما يتأتّى على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن عندهما إسلام الجدّ وحريته شرط لصيرورة الرجل كُفُؤًا لامرأة لها آباء مسلمون وأحرار.

٣٥٥٠- وإذا زوّج الرجل ابنته الصغيرة من رجل على ظنّ أنه مصلح لا يشرب الخمر، أخبره الناس بذلك، ثم وجده الأب شريبًا مدمنًا، إن لم يعرف أن المرأة تشرب الخمر، وكان غلبة أهل بيته الصلاح، فالنكاح باطل؛ لأن الأب زوّجها على ظن أنه كُفُؤ، وهذه المسألة يجب أن تكون بالاتفاق، وإنما الخلاف بين أبي حنيفة رحمه الله تعالى وصاحبيه فيما إذا زوّجها من رجل عرفه غير كُفُؤ، فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجوز؛ لأن الأب كامل الشفقة وافر الرأي، فالظاهر أنه تأمّل غاية التأمّل، ووجد غير الكُفُؤ أصلح من الكُفُؤ، أما إذا ظنّ أنه كُفُؤ بالظاهر، فله التأمل وبناء الأمر على ظاهر الكفاءة، فلهذا افترقا.

٣٥٥١- في "فتاوى أبي الليث" أيضًا: في هذا الموضع امرأة زوّجت نفسها من غير

---

(١) وفي "ف": رضى الأولياء.

(٢) وفي "ب" و"م": أو ما أشبه ذلك.

(٣) وفي "م": مخيرا للحال.

(٤) أثبتت من "ب" و"ف" و"م".

الكُفُؤ بغير رضى المولى، فلها أن تمنع نفسها من الزوج ولا تمكّنه من وطءها، وهذا الجواب خلاف ظاهر الرواية، إنما هذا اختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله تعالى، قال: لأن من حجة المرأة أن تقول: إنما تزوّجت بكَ رجاء أن يجيز الولى، فإذا لم يجز فلى أن امتنع منكَ، توضيحه: أن للولى حق الخصومة، فعسى أن يخاصم، ويفرق القاضى بينها، فيكون هذا وطءً بشبهة، من مشايخ زماننا من قالوا: يجوز هذا النكاح، وأفتوا بظاهر الرواية، وقالوا: ليس لها أن تمنع نفسها من زوجها، وإذا أكرهت المرأة أن تزوِّج نفسها من كُفُؤ بمهر المثل، ثم زال الإكراه، فلا خيار لها، وأما إذا أكرهت المرأة على أن تزوِّج نفسها من غير الكُفُؤ [أو][1] بأقلّ من مهر المثل، ثم زال الإكراه، لها الخيار.

٣٥٥٢- وإذا زوّجت المرأة نفسها من غير كُفُؤ بغير رضا الولى، فقبض الولى مهرها وجهزها، فهذا منه رضا وتسليمًا؛ لأن العقد توقّف على إجازة الولى، وقبض البدل[2] ممّن توقف العقد على إجازته يكون رضا منه بالعقد دلالة، كما في البيع الموقوف، وأما إذا لم يقبض مهرها، ولكن خاصم زوجها في نفقتها، وتقدير مهرها عليه بوكالة منها، كان ذلك منه رضا وتسليمًا للعقد استحسانًا؛ لأن طلب المهر لم يكن لإثبات عدم الكفاءة عند القاضى، لأن عدم الكفاءة ثابت عند القاضى، لأن وضع المسألة فيما إذا زوّجت نفسها من غير كُفُؤ، فتعيّن أن يكون طلب المهر للاستيفاء، وذلك دلالة الرضى من غير احتمال، حتى لو لم يكن عدم الكفاءة ثابتا عند القاضى لا يكون ذلك رضا بالنكاح قياسًا واستحسانًا.

٣٥٥٣- في "المنتقى": ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: في امرأة تحت رجل هو ليس بكُفُؤ لها، خاصمه أخوها في ذلك وأبوها غائب عنها غيبة منقطعة، أو خاصمه ولىّ آخر غيره أولى منه، وهو غائب غيبة منقطعة، فادّعى الزوج أن الولى[3] زوّجه، يؤمر بإقامة البيِّنة وإلا فرَّق بينهما، فإن أقام بيِّنة على ذلك قُبِلت بيِّنته، وأخذ به على الأولى، يعنى على الولىّ الذى هو أولى؛ لأن هذا خصم.

٣٥٥٤- في نكاح "المنتقى": بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل زوّج أمَة له وهى صغيرة من رجل، ثم ادّعى أنها ابنته ثبت النسب، والنكاح على حاله إن كان الزوج كُفُؤًا، فإن لم يكن كُفُؤًا فهو في القياس لازم؛ لأنه هو الذى زوَّج، وهو ولىّ، ولو باعها من

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) وفي "م": وقبض مهرها إجازة.

(٣) وفي "ف": أن الولى الذى هو أولى.

رجل، ثم ادّعى المشترى أنها ابنته، فكذلك إذا كان الزوج كُفُؤًا، وإن كان الزوج غير كُفُؤ، فالقياس كذلك؛ لأنه زوّجها ولىّ مالك [واستقبح][1] فى هذا الموضع، وافرق بينهما.

٣٥٥٥- فى "كتاب الطلاق" من "المنتقى": رجل تزوّج امرأة مجهولة النسب، ثم ادّعاها رجل من قريش، وأثبت القاضى نسبها منه، وجعلها ابنة له، وزوجها حجّام، فلهذا[2] الأب أن يفرق بينها وبين زوجها، ولو لم يكن ذلك لكن أقرّت بالرّق لرجل لم يكن لمولاها أن يبطل النكاح بينهما.

٣٥٥٦- إذا سمى رجل لامرأة بغير اسمه، وانتسب لها إلى غير نسبه، فلما زوّجت نفسها منه علمت بذلك.

فهذه المسألة على وجهين: الأول: أن يكون النسب المكتوم أفضل مما ظهر لها، بأن أخبرها بأنه عربىّ، فإذا هو قرشى، وفى هذا الوجه لا خيار لها، ولا لأوليائها؛ لأنهم وجدوه خيرًا مما شرط لهم، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنّ لها الخيار، وكذلك فى "المجرَّد". وفى "المنتقى": الحسن ابن زياد عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى، إذا تزوّج امرأة على أنه مولى، فإذا هو قرشىّ فلها الخيار.

الوجه الثانى: أن يكون النسب المكتوم أدون مما أظهر، وأنه على قسمين: إن كان مع هذا النسب المكتوم كُفُؤًا لها، بأن تزوّج عربية على أنه قرشى، فإذا هو عربىّ، وفى هذا القسم لا خيار للأولياء؛ [لأنّ حق الأولياء][3] فى الكفاءة لا غير، حتى لا ينسب إليهم من لا يكافئهم بالصهريّة، وهذا الحق قد صار مقامًا، ولها الخيار عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى؛ لأن الاستفراش ذلّ من جانبها، وهى إنما رضيت بتحمّل هذا الذلّ فمن هو فوقها، لا من هو مثلها، فيثبت لها الخيار لانعدام تمام الرضى، وذكر الكرخى رحمه الله تعالى فى "جامعه": أنه لا خيار لها.

القسم الثانى: إذا لم يكن مع هذا النسب المكتوم كُفُؤًا لها، بأن تزوّج قرشيّة على أنه قرشى، فإذا تبيّن أنه عربىّ، أو من الموالى، وفى هذا القسم لها الخيار، ولو رضيت به كان للأولياء حق المخاصمة، وهذا ظاهر، وإن كانت المرأة هى التى غرّت الزوج، وانتسبت إلى غير نسبها، فلما تزوّجها علم بذلك، فلا خيار له، هكذا ذكر فى "الأصل" من غير ذكر

---

(١) هكذا فى "ب".

(٢) وفى "م" فللأب، مكان فلهذا الأب.

(٣) أثبت من "ظ".

خلاف، وهذا إشارة إلى أنّ الكفاءة غير مطلوبة من جانب النساء. وذكر هشام في "نوادره": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا تزوّج امرأة على إنّها قرشيّة، فإذا هي نبطيّة[1] فله الخيار، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا خيار له.

٣٥٥٧- وفي آخر باب الوكالة في كتاب النكاح من "الجامع الصغير": لو أنّ أميرًا أمر رجلا أن يزوِّجه امرأة، فزوَّجه أمَة لغيره، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يجوز، وقالا: لايجوز، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: هذه المسألة دليل على أنّ الكفاءة في جانب النساء للرجال معتبرة عندهما، خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي وكالة "الأصل": أنّ الكفاءة في النساء للرجال استحسان، وليس بقياس.

٣٥٥٨- وفي "المنتقى" الحسن بن زياد: إذا تزوّج امرأة على أنه فلان بن فلان، فإذا هو أخوه، أو عمّه، فلها الخيار.

٣٥٥٩- وفي آخر باب نكاح العبد من نكاح "الأصل": عبد تزوّج امرأة بإذن مولاه، ولم يخبر وقت العقد أنه حرّ أو عبد، ولم يعلم المرأة أيضًا، ولا أولياءها أنه حرّ أو عبد، ثم ظهر أنه عبد، فإن كانت المرأة هي التي باشرت عقد النكاح، فلا خيار لها، ولكن للأولياء الخيار، وإن كان الأولياء هم الذين باشروا عقد النكاح عليها برضاها، وباقي المسألة بحالها، فلا خيار للمرأة ولا للأولياء، وبمثله لو أخبر الزوج أنه حر، وباقي المسألة بحالها كان لهم الخيار، وهذه المسألة دليل على أن المرأة إذا زوّجت نفسها من رجل، ولم تشترط الكفاءة، ولم يعلم أنه كُفُؤ أو غير كُفُؤ، ثم علمت أنه غير كُفُؤ لا خيار لها، ولكن للأولياء الخيار، وإن كان الأولياء هم الذين باشروا عقد النكاح برضاها، ولم يعلموا أنه كُفُؤ أو غير كُفُؤ، فلا خيار لواحد منهم، أما إذا شرطوا الكفاءة [أو أخبرهم بالكفاءة][2]، ثم ظهر أنه غير الكُفُؤ، كان لهم الخيار، سئل شيخ الإسلام عن مجهول النسب هل هو كُفُؤ لامرأة معروفة النسب؟ قال: لا - والله أعلم-.

---

(١) وفي "م" قبطية.

(٢) أثبت من "ظ".

الفصل السابع فى الشهادة فى النكاح

٣٥٦٠- ولا يجوز عقد النكاح بين مسلمين بشهادة الكفار، والصبيان، والمجانين، والعبيد، والمكاتبين، والمدبرين، والنائمين الذين لا يسمعون كلام المتعاقدين، والأصمّين، ذكر فصل النائم والأصم فى نظم الزندويسى: ذكر القاضى الإمام: أنّ النكاح ينعقد بشهادة الأصمين، وذكر الإمام ركن الإسلام على السغدى رحمه الله تعالى فى شرح "السير الكبير" فى أبواب الأيمان هكذا: أنّ النكاح ينعقد بشهادة الأصمين. والمسألة فى الأصل بناء على أن سماع الشهود كلام المتعاقدين هل هو شرط انعقاد النكاح[1]؟ وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: ليس بشرط، وإنما الشرط حضرتهما، فهذا القائل يقول: بانعقاد النكاح بشهادة الأصمين، وبعضهم قالوا: هو شرط، فهذا القائل يقول: لا ينعقد النكاح بشهادة الأصمين، ونص القدورى رحمه الله تعالى فى "كتابه": أنه لا بدّ من سماع الشهود كلام المتعاقدين، وسيأتى بعد هذا عن أبى يوسف رحمه الله تعالى[2] ما يدلّ عليه -إن شاء الله تعالى-.

٣٥٦١- وأما فهم الشهود كلام المتعاقدين، هل هو شرط؟ فقد ذكر البقالى فى فتاواه: قيل: الاعتبار بسماع الشهود لفظ النكاح، وإن لم يعرفوا تفسيره، قال: والظاهر خلافه. وفى "البقالى" أيضًا: عن محمد رحمه الله تعالى [فيمن تزوّج امرأة بحضرة شاهدين لم يفهما، ولم يمكنهما أن يعبّرا ما سمعا، لم يجز. وفى "النوازل": عن محمد رحمه الله][3]، فى حق هذه المسألة إن أمكنهما أن يعبّرا ما قالوا جاز النكاح. وفى "المنتقى": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل تزوّج امرأة، وسمع أحد الشاهدين كلامهما، ولم يسمع الشاهد الآخر، ثم أعاد على الذى لم يسمع، إن كان المجلس واحدًا جاز استحسانًا، وإن كان متفرّقًا لا يجوز، قال الحاكم أبو الفضل: وقد روى من وجه آخر، عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجوز حتى يسمعا معًا، إذ لا يوجد عند كل واحد من الناكحين إلا شاهد واحد.

٣٥٦٢- وفى "فتاوى أبى الليث" فى كتاب الشهادات: تزوّج بمحضر من رجلين،

---

(١) وفى "ف": انعقاد النكاح بشهادة الأصمين.

(٢) وفى "ظ": وسيأتى بعد هذا أن لأبى يوسف . . . إلخ.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أحدهما أصم، فسمع السميع ولم يسمع الأصم، حتى صاح صاحبه فى أذنيه هو أو غيره، لايجوز النكاح حتى يكون السماع معًا. وفى نظم الزندويسى: إذا سمع أحد الشاهدين كلام المرأة، وسمع الشاهد الآخر كلام الزوج، ثم أعاد العقد، فالذى سمع كلام الزوج فى العقد الأول سمع فى هذا العقد كلام المرأة لا غير، والذى سمع كلام المرأة فى العقد الأول سمع كلام الزوج فى العقد الثانى لا غير، فإن كان العقدان فى مجلسين متفرقين لا يجوز بالاتفاق، وإن كان فى مجلس واحد، قال عامة العلماء رحمهم الله تعالى: لا ينعقد، وقال بعضهم مثل أبى سهل السرجى[1]: أنه ينعقد، قال الزندويسى: ولا نأخذ بقول أبى سهل.

٣٥٦٣- فى "فتاوى الفضلى رحمه الله تعالى": زوّج ابنته فى حضرة السكارى، وهم يعرفون أمر النكاح، غير أنهم لا يذكرونه بعد ما صحوا، كما هو عادة السكارى، ينعقد النكاح؛ لأن هذا نكاح شهود، تزوّج امرأة بشهادة الله ورسوله لايجوز؛ لأن هذا نكاح لم يحضره الشهود، وعن أبى القاسم الصفار رحمه الله تعالى، أنه قال: يكفر من فعل هذا؛ لأنه اعتقد أن رسول الله ﷺ عالم الغيب. فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": رجل قال لقوم: اشهدوا أنّى تزوّجتُ هذه المرأة التى فى هذا البيت، فقالت المرأة: قبِلتُ، فسمع الشهود مقالتها، ولم يروا شخصها، فإن كانت فى البيت وحدها جاز النكاح؛ لأنه لا جهالة، وإن كان معها فى البيت أخرى لا يجوز؛ لأن الجهالة متمكّنة. وكذلك لو وكّلت رجلا، فسمع الشهود قولها، ولم يروا شخصها، فهو على ما ذكرنا من الوجهين.

٣٥٦٤- وفى "شهادات الفتاوى": رجل زوّج ابنته من رجل فى بيته، وقوم فى بيت آخر يسمعون التزويج ولم يشهدهم، إن كان من هذا البيت إلى تلك البيت كوة، رأوا الأب منها تقبل شهادتهم، وإن لم يروا الأب لا تقبل شهادتهم. فى "فتاوى أهل سمرقند": بعث الرجل أقوامًا يخطبون امرأة، فقال الأب: زوّجت ابنتى فلانة من فلان، وقبِل واحد من القوم، تكلّموا فيه، قال بعضهم: لا يجوز؛ لأن هذا النكاح بغير شهود، ولأن الكل خاطبون من تكلّم منهم ومن لم يتكلّم، لأن المتعارف هكذا أن يتكلّم واحد من القوم، ويسكت الآخرون[2]، والخاطب لايصلح شاهدا، وبه أخذ بعض مشايخ زماننا رحمهم الله تعالى. وقال بعضهم: يجوز؛ لأنه لا ضرورة إلى جعل الكل خاطبًا، فيجعل المتكلّم خاطبًا، والباقون شهودًا، وبه أخذ الصدر الشهيد رحمه الله تعالى.

---

(١) وفى "التاتارخانية": السرخسى بدل السرجى.

(٢) وفى "ب" و "م" و "ف": الباقون.

٣٥٦٥- وإذا تزوّج الرجل المسلم امرأة مسلمة بحضرة عبدين، أو صبيين، أو كافرين ومعهما شاهدان مسلمان حرّان بالغان جاز؛ لأن هذا نكاح بشهود، فإن أدرك الصبيان، أو اعتق العبدان، أو أسلم الكافران، وشهدا أنه تزوّجها، ذكر فى "الأصل" مطلقًا: أنه تُقبل شهادتهما، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى فى شرحه: أن المسألة على التفصيل، إن شهدا أنه تزوّجها بحضرتنا، وكان معنا رجلان حرّان مسلمان جازت شهادتهما، وإن شهدا وقالا: لم يكن معنا غيرنا، لاتقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا بنكاح فاسد، فالقاضى لا يقضى بنكاح فاسد.

٣٥٦٦- وإن شهد شاهد أنه تزوّجها أمس، وشهد آخر أنه تزوّجها اليوم، فشهادتهما باطلة؛ لأن كل واحد منهما شهد بعقد عقد بحضوره وحده، وذلك عقد فاسد، وكان امتناع القضاء بهذه الشهادة لكون المشهود به فاسداً، لا لاختلاف الوقت؛ لأن الشهادة قامت على القول، والشهادة القائمة على القول لا يمنعها اختلاف الوقت كما فى البيع، حتى قالوا: لو شهد كل واحد أنه كان معه رجل آخر يقضى بشهادتهما؛ لأن كل واحد شهد بنكاح صحيح، لم يبقَ إلا الاختلاف فى الوقت، وأنه لا يمنع قبول الشهادة، متى قامت على القول، هكذا ذكر شيخ الإسلام هذه المسألة فى شرحه.

وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى يقتضى عدم القبول على كل حال، فقال: النكاح بمنزلة الأفعال؛ وهذا لأن النكاح وإن كان قولا إلا أنه يتضمّن فعلا، وهو إحضار الشهود، فصار النكاح ملحقًا بالفعل من هذا الوجه، واختلاف الشهود فى المكان والزمان فى الأفعال يمنع قبول الشهادة، وفى حق هذا المعنى لا فرق بينهما إذا شهد كل واحد منهما أنه كان معه رجل آخر، أو لم يشهد على هذا الوجه، وهكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى فى شرح "كتاب الشهادات".

٣٥٦٧- قال الزندويسى فى نظمه: وينعقد النكاح بشهادة الأخرسين إذا كانا سميعين، وإذا وقع التجاحد فلا شهادة لهما؛ لأنه لا لفظ لهما، وكذا ينعقد النكاح بشهادة الأعمى، والمحدود فى القذف، والمحدود فى الزنا، وكذلك ينعقد بشهادة ابنيه لا منها، وشهادة ابنيها لا منه، وشهادة ابنيه منهما، وإذا تزوّج المسلم الذمية بشهادة الذميين، جاز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى؛ لأن ملك النكاح ثبت للرجل على المرأة مضمونًا بالمهر، وشهادتهما حجّة من حيث إثبات الملك له عليها، وإنما لا يعتبر من حيث إيجاب المهر لها عليه، إلا أن المهر زائد فى الباب، فوقوع الخلل فى الشهادة فيما يرجع إلى المهر لا يمنع انعقاد النكاح؛

لأن الخلل دون انعدام التسمية.

٣٥٦٨- المرأة إذا زوّجت ابنتها البالغة بحضرتها برضاها، بحضرة رجل وامرأة جاز النكاح، وإن كانت الابنة غائبة لا يجوز؛ لأن الابنة إذا كانت حاضرة كانت هى المزوَّجة، والأم معبِّرة عنها، وهى مع المرأة الأخرى والرجل شهود، فيكون هذا نكاحًا بحضرة رجل وامرأتين. فأما إذا كانت الابنة غائبة لا يمكن أن تجعل الابنة هى المتزوِّجة، فبقيت الأم مزوِّجة ورآها رجل وامرأة، ولو كانت الابنة صغيرة، وباقى المسألة بحالها لا يجوز النكاح، سواء كانت الابنة حاضرة أو غائبة، لأنه لا يمكن أن تجعل الابنة مزوَّجة؛ لأن الصغيرة ليست من أهل التزويج.

٣٥٦٩- ومن هذا الجنس ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى فى "شرح كتاب الرهن": وصورتها: رجل وكّل رجلا أن يزوِّج له امرأة فزوّج الوكيل امرأة بحضرة شاهد واحد، إن كان الموكّل حاضراً يجوز، وطريقه أن الموكّل يعتبر مزوِّجًا، ويعتبر الوكيل مع الشاهد الآخر شاهدا، وإن كان الموكّل الآخر غائبًا لايجوز. وأصل هذه المسألة ذكرها فى الباب الأول من [نكاح][1] "الجامع الصغير"، وصورتها رجل أمر رجلا أن يزوِّج بنتا له وهى صغيرة، فزوّجها والأب حاضر وشاهد آخر، جازت شهادة المزوِّج، وإن كان الأب غائبًا لم تجز شهادة المزوِّج، وطريقه ما قلنا.

ومن هذا الجنس مسألة ذكر فى "مجموع النوازل": سئل عنها الإمام نجم الدين عمر النسفى رحمه الله تعالى، وصورتها: امرأة وكّلت رجلا أن يزوِّجها من رجل بحضرة امرأتين والموكّلة حاضرة، قال: يجوز النكاح، وتصير الموكّلة هى المزوِّجة.

٣٥٧٠- قيل: فإن أنكر الزوج أو المرأة الموكلة هذا العقد، هل تقبل شهادة الوكيل والمرأتين على النكاح؟ قال: نعم، إذا لم يقل الوكيل: أنا زوَّجتُها منه بالوكالة؛ لأنه إذا قال: ذلك يكون شهادة على فعل نفسه [وشهادة الإنسان على فعل نفسه][2] لايقبل، قيل له: فهل يكفيه أن يقول: هذه امرأة هذا؟ [قال: لا بدّ من إثبات العقد، قال: ولو قال قائل: إن الوكيل يشهد ويقول: هذه امرأة هذا][3] بعقد صحيح تام بتزوُّج من له ولاية التزويج، وقبول من له ولاية القبول لا ينعقد، ولكن لا أحفظ فى هذا رواية، والصواب أن يشهد أن هذه امرأة هذا،

(١) أثبت من "ب".

(٢) أثبت من "ب".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ويقبل القاضى ذلك، ولا حاجة إلى إثبات العقد، وإذا زوّج الرجل بنته البالغة، وأنكرت الرضا، فشهد عليها أبوها لا يقبل؛ لأنه يريد أن يختم ما باشره، ولو شهد عليها بالرضا أخواها قبلت شهادتهما، وإذا زوّج الرجل ابنته بشهادة ابنيه، ثم جحد الزوج النكاح، وادّعاه الأب والمرأة، فشهد الاثنان بذلك، لم تقبل شهادتهما عند أبى يوسف رحمه الله تعالى، وعند محمد رحمه الله تعالى: تقبل شهادتهما، ولو كان الزوج هو المدّعى، والأب والمرأة يجحدان ذلك، فشهادة الاثنين مقبولة بلاخلاف.

والحاصل أن شهادة الإنسان لأخته وأخيه وعليهما مقبولة، وشهادته على أبيه فيما يجحده الأب، وإن كان للأب فيه منفعة، بأن شهدا على أبيهما ببيع ما يساوى مائة بألف، وشهادته فيما يدّعيه الأب إن كان للأب فيه منفعة لا يقبل بلا خلاف، وإن لم يكن للأب فيه منفعة، فكذلك عند أبى يوسف رحمه الله تعالى، وعند محمد يقبل.

حجّة محمد رحمه الله تعالى: أن شهادة الابن لأبيه إذا كان للأب فيه منفعة[1] إنما لايقبل لمكان التهمة[2]، فإن الإنسان يتهم بإيثار الأب على غيره وعد بالمنافع، وهذا المعنى لا يتأتّى فيما لا منفعة للأب فيه، وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: شهادة الابن لأبيه إنما لا يقبل بالنصّ، ولا فصل فى النصّ على أن المنفعة ههنا متحققة، وإن لم يكن مالية، وهو ظهور صدقه عند الناس، وإذا وقع الاختلاف بين الزوج، وبين المرأة فى أن النكاح كان بشهود، أو بغير شهود، فالقول قول من يدّعى أنه كان بشهود؛ لأن الذى يدّعى النكاح بشهود يدّعى صحّة العقد، والذى يدّعى أن النكاح بغير شهود يدّعى فساد العقد.

٣٥٧١- والأصل أن الزوجين إذا اختلفا فى صحّة العقد وفساده، كان القول قول من يدّعى الصحة، وإن ادّعى أحدهما أن النكاح كان فى حالة الصغر بمباشرته، كان القول قوله؛ لأنه أضاف العقد إلى حال عدم الأهلية، وهو حالة الصغر، فيكون منكر العقد معنى، فيكون القول قوله، وسيأتى مسألة الاختلاف فى الشهادة بعد هذا إن شاء الله تعالى، فى فصل الخصومة الواقعة بين الزوجين.

٣٥٧٢- وإذا كان القول قول من يدّعى النكاح فى حالة الصغر بعد هذا القول لا نكاح بينهما، ولا مهر لها إن لم يكن دخل بها قبل الإدراك، وإن كان دخل بها قبل الإدراك، فلها الأقل من المسمى، ومن مهر المثل، ولا يثبت الرضا بهذا الدخول، أما لها الأقل، فلأن

---

(١) وفى "م": منفعة مالية.

(٢) هكذا فى "ب" و "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ": إنما لا يقبل بأفضل لمكان التهمة.

الدخول له حصل فى نكاح موقوف ؛ لأن العقد من الصغير يتوقّف على إجازة الوليّ إذا كان الوليّ يملك مباشرة ذلك ، والدخول فى النكاح الموقوف يوجب الأقل بمنزلة الدخول فى النكاح الفاسد ، أما لا يثبت الرضا ؛ لأن الدخول والتمكين دليل الرضا ، وصريح الرضا بالنكاح فى حالة الصغر لا يعتبر ، فكذا دليل الرضا .

٣٥٧٣- وإن كان قد دخل بها بعد الإدراك ، كان هذا الرضا إجازة للنكاح الذى كان بينهما فى حالة الصغر ؛ لأن صريح الرضا بذلك النكاح بعد الإدراك تعتبر ، فكذا دليل الرضا . وكان القاضى الإمام أبو على النسفى رحمه الله تعالى يقول : إذا ادّعى أحدهما أن النكاح كان فى حالة الصغر بمباشرته ، فعلى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى يقول له القاضى : هل كان النكاح بإذن الولى؟ فإن قال : لا ، يقول له : هل [تجوز إجازة الولى؟ فإن قال : لا ، يقول له : هل أجازته بعد البلوغ؟ فإن قال : لا ، يقول له : هل][1] من رأيك أن تجيزه؟ إن قال : لا ، فرّق القاضى بينهما ، وهذا إذا قال ذلك ولم يوجد بينهما دخول بعد الإدراك ، وأما إذا وجد فهو دليل الرضا .

٣٥٧٤- وإذا وقع الاختلاف بين الزوج ووكيله بالنكاح ، فقال الوكيل : أشهدت على النكاح؟ وقال الزوج : الموكِّل لم يشهد ، فالقول قول الوكيل ، ويفرّق بينهما ، وعليه نصف الصداق إن لم يكن دخل بها ، وإن وقع هذا الاختلاف بين المرأة ووكيلها ، فالقول قول الوكيل ، وهى امرأته ، لا يفرّق بينهما ؛ وهذا لأن الوكيل مع الموكِّل اتفقا على أصل العقد ، فيكون اتفاقًا منهما على شرط ، فالذى ينكر الإشهاد يكون فى معنى الراجع فلا يقبل قوله - والله سبحانه وتعالى أعلم- .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الفصل الثامن فى الوكالة فى النكاح

٣٥٧٥- إذا وكّل رجلا بأن يزوِّجه امرأة بعينها[فزوَّجه إيّاها][1] بأكثر من مهر مثلها، إن كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس بمثلها، يجوز بلا خلاف، وإن كانت الزيادة بحيث لا يتغابن الناس فى مثلها، فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما : لا يجوز، وهذا بناء على أن المطلق من الألفاظ يجرى على إطلاقه ما لم يوجد دليل القيد [غير أنهما يقولان : وجد دليل القيد][2] ههنا وهو العرف، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول : بأن العرف مشترك، وفرّق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين الوكيل بالنكاح، وبين الوكيل بالشراء، فإنّ الوكيل بالشراء إذا اشترى بما لايتغابن الناس فى مثله، يصير مشتريًا لنفسه، والفرق أنّ فى مسألة الشراء أصل العقد مضاف إلى الوكيل؛ لأن الوكيل بالشراء يستغنى عن إضافة العقد إلى موكّله، فيتمكَّن التهمة فى تصرّفه أنه قصد الشراء لنفسه، فلما ظهر الغبن حوّله إلى الآمر، فأما فى مسألة النكاح أصل العقد مضاف إلى الموكِّل؛ لأن الوكيل بالنكاح لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكِّل، فلا يتمكَّن التهمة فى تصرّفه، فلهذا افترقا.

٣٥٧٦- وإذا وكّل رجلا أن يزوِّج له امرأة بعينها ببدل سمّاه، فتزوّجها الوكيل لنفسه بذلك البدل جاز النكاح للوكيل، بخلاف الوكيل بشراء شىء بعينه، إذا اشترى ذلك الشىء لنفسه بذلك البدل حال غيبة الموكِّل، حيث يصير مشتريًا للموكِّل، إذا وكَّله أن يزوِّجه امرأة ولم يسمِّها، فزوّجه امرأة هى ليست بكُفُؤ له، القياس أن يجوز على الموكِّل، وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى عملا بإطلاق التوكيل، وفى الاستحسان لا يجوز على الموكّل وبه أخذا[3]، هما يقيّدان اللفظ المطلق بالعرف، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول : العرف مشترك، وقد يتزوّج الرجل من ليس بكُفُؤ، وعلى هذا الخلاف إذا زوّجه امرأة عمياء، أو مقطوعة اليدين، أو رتقًا، أو مفلوجة، أو مجنونة، أو معتوهة، ذكر الاختلاف فى هذه الفصول فى رواية أبى سليمان.

٣٥٧٧- وفى "المنتقى" : إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : إذا قال لغيره : زوِّجنى،

(١) أثبت من "ظ" و "ف"، وكان فى الأصل : فزوجها إياه.

(٢) أثبت من "ظ" و "ف" و "م".

(٣) وفى "م" : أخذا اصاحباه وهما يقيدان.

فزوّجه عمياء، أو مقطوعة اليدين، أو الرجلين لا يجوز، ولو زوّجه عوراء، أو مقطوعة إحدى اليدين جاز، وفيه أيضًا: أمر رجلا أن يزوّجه [فزوّجه][١] ابنته الصغيرة، أو بنت أخته الصغيرة، وهو وليّهما لا يجوز، وكذلك كل من يلى أمرها [بغير أمرها][٢]، قال: وذلك بمنزلة رجل أمر امرأة أن تزوّجه امرأة فزوَّجته نفسها، ولو زوّجته ابنته الكبيرة برضاها، ذكر فى "الأصل": أنّ على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى: لا يجوز إلا أن يرضى بها الزوج، وعلى قولهما: يجوز، بناء على أن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى بمطلق التوكيل لا يملك التصرف مع ولده للتهمة[٣]، والتهمة دليل تقييد المطلق، وعندهما: يملك، ولو زوّجته أخته الكبيرة برضاها جاز بلا خلاف؛ لأنه لا تهمة فى حق الأخت.

٣٥٧٨- وذكر ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الإملاء": رجل أمر رجلا أن يزوِّج له امرأة، فزوَّجه ابنته الصغيرة أو الكبيرة بأمرها، لم يجز استحسانًا [إذا][٤] وكّله أن يزوّجه امرأة من قبيلته، فزوّجه من قبيلة أخرى لم يجز، وهذا ظاهر. وكّله أن يزوِّجه امرأة سوداء، فزوّجه امرأة بيضاء، أو على العكس لايجوز، و [لو][٥] وكّله أن يزوِّجه امرأة عمياء، فزوَّجه امرأة بصيرة يجوز، كذا ذكر فى "المنتقى"، قال ثمة: وليس هذا كالأول؛ لأن الأول جنس، وكَّله أن يزوِّجه أمَة، فزوَّجه حرة لا يجوز؛ لأنه خالف أمره نصًّا، وله فى ذلك منفعة، هو أن لا يساوى هذه الحرّة التى عنده فى القسم، وإن زوّجه مكاتبة، أو مدبرة، أو أم ولد جاز.

٣٥٧٩- وكَّله أن يزوِّجه امرأة، فزوّجه صبيّة يجامع مثلها أو لا يجامع جاز؛ [لأن اسم المرأة اسم جنس يتناول الكبيرة والصغيرة جميعًا][٦]، وقيل: هذا على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وأما على قولهما: لا يجوز إذا زوّجه صبيّة لا يجامع مثلها، كما لو زوّجه رتقًا أو قرنًا. وقيل: هذا قول الكل بخلاف ما إذا زوّجه رتقًا أو قرنًا، ولو وكّله أن يزوِّجه امرأة، فزوَّجه

---

(١) أثبت من "ب".

(٢) أثبت من "ب" و"م".

(٣) وفى "ظ": مع ذلك للتهمة مكان مع ولده للتهمة، وفى "م": بما تملك التصرف مع ذلك وقوع التهمة، فالتهمة دليل. . . إلخ.

(٤) أثبت من "م".

(٥) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: ومن.

(٦) أثبت من "ف" و"م" و"ب".

الوكيل امرأة جعلها الزوج طالقًا إن تزوّجها، فالنكاح جائز والطلاق واقع . قيل : هذا على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، أما على قولهما : لا يجوز .

٣٥٨٠- وكّله أن يزوّجه امرأة على ألف درهم، فإن أبت فما بين الألف إلى الألفين، فأبت المرأة أن تزوّج نفسها فزوَّجها بالألفين، ذكر فى "الأصل" : أن ذلك جائز لازم للزوج . من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال : ما ذكر فى الكتاب قولهما ؛ لأن عندهما الغاية الثانية تدخل، كما فى الإقرار والطلاق، فصار التوكيل بالتزويج [إلى الألفين توكيلا بالتزويج][١] بالألفين، وقد زوّجها بالألفين، أما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى : يتوقّف النكاح على إجازة الزوج ؛ لأن عنده الغاية الثانية لا تدخل، فيصير وكيلا بالتزويج بألف وتسعمائة وتسعة وتسعون، فإذا زوّجها بالألفين فقد تزوّجها بأكثر من المسمى، فتوقّف على الإجازة .

ومنهم من قال : لا، بل هذا قول الكل، فرّق هذا القائل بين هذه المسألة، وبين مسألة الإقرار والطلاق، والفرق أن الغاية إنما لا تدخل تحت المضروب له الغاية إذا لم يوجد دليل يدلّ على دخولها، أما إذا وجد دليل يدل على دخولها يدخل، ألا ترى أن الغاية الأولى كيف دخلت لما وجد الدليل، وهو أن الثانية لاتتصور بدون الأولى، إذا ثبت هذا، فنقول : وجد الدليل ههنا على دخول الغاية الثانية وهو العرف، وأنّ العرف فيما بين الناس أنهم يزوِّجون بالكوامل من العدد لا بالكسور، بخلاف الطلاق ؛ لأن هناك لم يوجد عرف يوجب إدخال الغاية الثانية، فإن الناس يوقعون الواحدة والثنتين، وكذلك فى باب الإقرار لم يوجد عرف يوجب إدخال الغاية الثانية، فإنّ الناس كما يقرُّون بالكوامل من العدد، يقرُّون بالكسور .

٣٥٨١- إذا وكّله أن يزوِّجه امرأة بألف درهم، فأبت أن تزوّجه حتى زادها الوكيل ثوبا من ثياب نفسه، فالنكاح موقوف على إجازة الزوج ؛ لأنه زاد على المسمى [فصار مخالفًا][٢]، فهو بمنزلة ما لو وكّله أن يزوِّجه بألف [فزوَّجه بألف][٣] وخمسمائة، فإن قيل : إذا زوّجه بألف وخمسمائة إنما يصير مخالفًا ؛ لأن الزيادة لو صحت كانت الزيادة على الزوج، لأن الوكيل لم يضفها إلى ماله، أما ههنا لو صحت الزيادة كانت الزيادة على الوكيل ؛ لأن الوكيل أضاف الزيادة إلى ماله، فلا ضرر على الموكِّل فى الزيادة، قلنا : إن لم يتضرّر الموكِّل فى الحال يتضرر فى الثانى بأن يهلك الثوب قبل التسليم، أو يستحق من يده، فإنه متى صحّت الزيادة يجب

---

(١) أثبت من "ظ" و "ف" و "م".

(٢) أثبت من "م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

قيمة ذلك على الزوج، ولا يجب على الوكيل؛ لأن الوكيل متبرِّع بالعين، فإذا هلك العين لايجب عليه قيمته، فيجب على الزوج متى صحّت الزيادة.

٣٥٨٢- وكّله أن يزوِّجه امرأة بعينها، فزوّجه إيّاها على عبد للزوج، فإن العبد لايصير مهراً ما لم يرضَ الزوج به؛ لأن الزوج ما أمره بإزالة العبد عن ملكه، فصار[1] إزالة العبد من ملكه ليس من ضرورات ما أمر به [أيضًا][2]، ثم القياس أن لا يجوز هذا النكاح؛ لأنه صار مخالفًا بتسمية من لم يؤمر بتسميته، وكأنه[3] أمره بالتزويج بألف، فزوّج بألفين. وفى الاستحسان: يجوز النكاح؛ لأنه لم يخالف ما أمر به نصّا، فإنه كما لم يؤمر بتسمية العبد لم ينه عنه أيضًا، لكن امتنع صحة التسمية فى حق العين لما ذكرنا، وذلك لا يمنع جواز النكاح، كما لو تزوّج امرأة على عبد الغير، فإنه يصح العقد وإن لم يصح التسمية فى حق العين، حتى لا يجب تسليم العين متى لم يرضَ به صاحب العين، كذا ههنا.

٣٥٨٣- وذكر فى "المنتقى": إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: فى الوكيل بالنكاح من جانب الزوج إذا ضمن المهر للمرأة، وكان الضمان بغير أمر الزوج، فإذا أدى رجع بما أدّى على الزوج، فقد جعل الأمر بالنكاح على رواية "المنتقى" أمرًا بضمان المهر، حتى أثبت للوكيل [حق الرجوع على الزوج، وإن لم يأمره الزوج بالضمان صريحًا، وفى "الأصل": لم يجعل الأمر بالنكاح أمرًا بضمان المهر، حتى قال: لا يرجع الوكيل][4] على الزوج بما ضمن من المهر، وفرّق على رواية "الأصل" بين الأمر بالنكاح وبين الأمر بالخلع، فجعل الأمر بالخلع أمر الضمان، حتى قال: المأمور بالخلع إذا ضمن بدل الخلع يرجع بما ضمن، وإن لم يأمر المرأة بالضمان. والفرق أن فى باب الخلع الوكيل بعد الوكالة يملك مباشرة الخلع على وجه يوجب البدل على الموكِّل ابتداء، بأن يرسل البدل، ويملك المباشرة على وجه يوجب بدل الخلع على نفسه ابتداء، بأن يضيف البدل إلى نفسه، إما إضافة ملك، أو إضافة ضمان وهو يملك هذا النوع بدون الوكالة، لما عرف أن الخلع ببدل على الأجنبى صحيح، وإذا ملك هذا النوع بدون الوكالة، فقد دخل هذا النوع تحت التوكيل بحكم إطلاق اللفظ، كان فائدة دخوله تحت التوكيل الرجوع على الموكِّل بما أدى، أما الوكيل بالنكاح لا يملك المباشرة على وجه يلزمه البدل

(١) وفى النسخ التى عندنا: نصّا.

(٢) هكذا فى "ف" و"ب" و"م".

(٣) وفى "ظ": فكأنه.

(٤) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

ابتداء؛ لأن النكاح ببدل على الأجنبي لا يصح، وكان لزوم البدل على [الكفيل][١] بطريق الكفالة، والكفيل إنما يرجع على المكفول عنه بما أدّى إذا كانت الكفالة بأمره، فلهذا افترقا.

٣٥٨٤- وفي "الجامع الكبير": لو أنّ رجلا وكّل رجلا بأن يزوِّجه امرأة، فزوَّجه امرأة على عبد الوكيل، أو عرض له، صحّ التزويج[٢] ونفذ، ولزم على الوكيل تسليمه، وإذا سلّم لا يرجع على الزوج بشيء، ولو كان مكان النكاح خلعًا يرجع على المرأة بقيمة ما أدّى، والفرق ما ذكرنا، ثم في باب النكاح إذا لم يرجع على الزوج بشيء لا يظهر أنّ النكاح انعقد ببدل على غير الزوج [بل البدل على الزوج][٣]، لكن الوكيل تبرّع عنه بالأداء، فإن لم تقبض المرأة العبد الذي هو مهرها حتى هلك، لا ضمان على الوكيل، وترجع المرأة بقيمته على الزوج، فرق بين هذا وبين الوكيل بالخلع، إذا خالع على عبد الوكيل، وهلك العبد في يده قبل التسليم، فإن الوكيل يضمن قيمته، والفرق أن في باب النكاح تسليم المهر على الزوج بحكم العقد لا على الوكيل[٤]، إلا أن الوكيل تبرّع عنه بالأداء، وإذا عجز عن تسليمه بالهلاك بطل تبرُّعه، فكان تسليم قيمته على الزوج، أما في باب الخلع تسليم العوض على الوكيل بحكم الخلع ابتداء، وإنما الرجوع على المرأة بحكم الأمر، فإذا هلك فقد عجز عن تسليمه، والسبب الموجب للتسليم في حقه قائم، فيصار إلى قيمته.

٣٥٨٥- ولو زوّجه الوكيل امرأة بألف درهم من ماله، بأن قال: زوّجتُكَ هذه المرأة بألف من مالي، أو قال: زوّجتُكَ هذه المرأة على ألفِي هذه[٥]، جاز النكاح والمال على الزوج، ولا يطالب الوكيل بالألف المشار إليه.

فإن قيل: كان ينبغي له أن يطالب؛ لأن الوكيل متبرع، والدراهم والدنانير يتعيّنان[٦] بالتبرُّعات. قلنا: هذا تبرُّع في ضمن المعاوضات، والدراهم والدنانير إذا كانا في المعاوضات لا يتعيَّنان، فكذا لا يتعيَّنان فيما يثبت في ضمان المعاوضات، فلا يطالب الوكيل بالألف المشار إليه لهذا، ولا يطالب بألف آخر لانعدام الضمان؛ لأنه يحتمل أن يكون [ما قال: ضمانًا،

---

(١) هكذا في "ب" و"ظ"، وكان في الأصل و"م": على الوكيل.

(٢) وفي "ب": صح التوكيل.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) وفي "ب" و"ف": لأجل الوكيل.

(٥) وفي "م": بألفي درهم هذه.

(٦) وفي "ب": لا يتعينان، وهو الخطأ.

ويحتمل أن يكون][1] وعدًا بأن يؤدى من مال نفسه، فلا يثبت الضمان بالاحتمال.

٣٥٨٦- وإذا وكّله أن يزوِّجه امرأة، فزوّجه امرأة معتدة، أو امرأة لها زوج، و[دخل][2] بها الزوج ولم يعلم، فرّق القاضى بينهما، وعليه الأقلّ من المهر المسمى ومهر المثل، كما فى سائر الأنكحة الفاسدة، ولا ضمان على الوكيل فى ذلك؛ لأن ما لزم الزوج [لزم][3] بفعله وهو الدخول، لا بعقد الوكيل، ولو وكّله أن يزوِّجه امرأة، فزوَّجه امرأتين فى عقدين، لم يلزم الزوج واحدة منهما، ولو وكّله أن يزوِّجه امرأة بعينها، فزوَّجه تلك وأخرى معها، لزمه تلك. وروى بشر ابن الوليد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا وكّله أن يزوِّجه امرأة بعينها بألف درهم، فزوَّجها إيّاه وأخرى معها بألفى درهم، فإن كان الذى يصيبها إذا قسّم ذلك ألفًا، أو أقل جاز على الآمر، ولو زوّجها إيّاه وحدها بغير مهر مسمى، فإن كان مهر مثلها ألفًا أو أقلّ، جاز فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، وإن كان أكثر لم يجز. قال: وقياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى هذا: أن لا يلزمه النكاح من قبل أن العقد عقد على غير التسمية التى أمره بها فى هذه، ويقع فى الثنتين على التسمية، وهذا خلاف ما أمر به، وهذا إشارة إلى الجواز عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى الثنتين، كما هو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى.

٣٥٨٧- ولو وكَّله أن يزوِّجه امرأتين فى عقدة واحدة، فزوّجه واحدة جاز، وكذا إذا وكّله أن يزوِّجه هاتين المرأتين فى عقدة واحدة، فزوَّجه إحداهما، وتفريق العقد ليس بخلاف. ولو كان قال: لا تزوّجنى إلا اثنتين فى عقدة واحدة، فزوّجه امرأة لم يلزمه، وكذلك فى المعينتين إذا لحق بآخر كلامه، ولا تزوِّجنى واحدة منهما بدون الأخرى، فزوّجه إحداهما لايجوز. وإذا أمر رجلا أن يزوّجه امرأة بعينها بمهر مسمى، وذلك ألف درهم مثلا، فزوّجها إيّاه وزاد عليه فى المهر، فالزوج بالخيار إن شاء أجاز النكاح بالمهر الذى سمّاه الوكيل، وإن شاء ردّ؛ لأنه أتى بخلاف ما أمره به، وكان هذا ابتداء عقد، فيتوقّف على إجازة الزوج، فإن لم يعلم الزوج بذلك حتى دخل بها فهو بالخيار أيضًا، ولا يكون دخولها رضى لما خالف به الوكيل؛ لأن الرضى بالشىء لا يتحقق قبل العلم به، فكان على خياره، إن شاء أقام معها، وأجاز نكاحها على ما سمى لها الوكيل، وإن شاء فارقها، ومتى فارقها كان لها الأقل مما سمّى لها الموكِّل ومن مهر المثل؛ لأنّ الدخول حصل فى نكاح موقوف، وإن كان المأمور ضمن لها

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف. جميعًا.

(٢) هكذا فى النسخ الباقية عندنا، وكان الأصل: ورضى.

(٣) وكذا فى "ظ"، وفى "م": لأنه إنما لزم الزوج لزمه بفعله.

المهر المسمّى ، وأخبرها بأنه أمره بذلك ، ثم أنكر الزوج الأمر بالزيادة على الألف ، فنقول : إنكار الآمر بالزيادة إنكار للأمر بهذا النكاح ، ولو أنكر الأمر بالنكاح أصلا ، كان النكاح باطلا ، ولا مهر على الزوج ، ولها أن تطلب المأمور بالمهر ؛ لأن فى زعمها أنّ النكاح صحيح ، وأنّ الضمان [صحيح](١) .

٣٥٨٨- بعد هذا نقول : فى رواية "كتاب النكاح" ، وبعض روايات "كتاب الوكالة" : أنّ المرأة تطالب المأمور بنصف المهر ، وفى بعض روايات "كتاب الوكالة" يقول : تطالبه بجميع المهر . واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، والصحيح أنه إنما اختلف الجواب(٢) لاختلاف الموضوع ، موضوع ما ذكر فى "كتاب النكاح" أنّ القاضى فرّق بينهما لطلبها ذلك ، حتى لاتبقى معلّقة ، فسقط نصف المهر عن الأصيل بزعمها ، لكون الفرقة جائية من قِبل الزوج قبل الدخول ، فيسقط عن الضمين ، وموضوع ما ذكر فى بعض روايات "كتاب الوكالة" أنها لم تطلب التفريق ، لكن قالت : اصبر حتى يقرّ زوجى بالنكاح ، أو أجد بيِّنة على الأمر بالنكاح ، فبقى عليه جميع المهر بزعمها على الأصل ، فكذا على الكفيل ، إذا وكّلت المرأة رجلا بأن يزوِّجها ، فزوَّجها الوكيل من نفسه لم يجز ، وكذلك لو وكّلت أن يزوِّجها من رجل .

أما فى الفصل الأول ، فلأنها وكَّلته بالتزويج مطلقًا ، وتزويجها من نفسه ، وإن كان تزويجًا باعتبار جانبها ، وهو تزوّج باعتبار جانبه ، فكان تزويجًا من وجه دون وجه وكان ناقصا ، والناقص لا يدخل تحت مطلق الاسم(٣) ، وأما فى الفصل الثانى فلهذا المعنى ولمعنى آخر أيضًا ، وهو أنها أمرته بالتزويج من رجل منكَر ، والوكيل صار معرَّفًا بالخطاب ، والمعرَّف لا يدخل تحت اسم النكرة .

٣٥٨٩- ولو وكَّلته أن يزوِّجها من نفسه ، فزوَّجها من نفسه يجوز ، وأنه يخرج عن المعنيين جميعًا . ولو زوّجها أباه أو ابنه لم يجز عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وجاز عندهما إلا أن يكون الابن صغيرًا فلا يجوز بلا خلاف . ولو زوّجها أعمى ، أو مقعدًا ، أو زمنًا ، أو عنينًا ، أو خصيًا جاز ، قيل : هو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى . ولو وكّلت رجلا أن يزوِّجها [فزوّجها](٤) من كُفُؤ بمهر مثلها ، فالكلام فيه كالكلام فيما إذا زوّجتْ نفسها ، وأنّه

---

(١) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

(٢) وفى "م" : أنه إذا اختلف الجواب لاختلاف الموضوع . . . إلخ ، وفى "ف" : لاختلاف الموضع.

(٣) هكذا فى "ب" و"ف" و"م" ، وكان فى الأصل : مطلق الأمر.

(٤) أثبت من "ف" و"ب" و"م".

على الخلاف على ما يأتى بيانه فى موضعه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فكذا هذا. وإن زوّجها من غير كُفُؤ لم يجز عليها، هكذا ذكر فى وكالة "الأصل"، من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: هذا الجواب قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أولا، وقياس رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنّ المرأة لا تملك أن تزوّج نفسها من غير كُفُؤ [أمّا على ظاهر رواية أبى حنيفة أنّ المرأة تملك أن تزوّج نفسها من غير كُفُؤ](1)، ينبغى أن يجوز، ومنهم من قال: هذا قول الكل، فهذا القائل يحتاج إلى الفرق على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى ظاهر الرواية بين التوكيل من جانب [الرجل وبين التوكيل من جانب](2) المرأة، حيث لم يقيّد التوكيل من جانب الرجل بالكفاءة، وقيّد التوكيل من جانب المرأة بالكفاءة.

٣٥٩٠- ولو وكّلته بالتزويج، ثم إنّ المرأة تزوّجت بنفسها خرج الوكيل من الوكالة، علم بذلك الوكيل أو لم يعلم، ولو أخرجته عن الوكالة، ولم يعلم الوكيل بذلك، لا يخرج عن الوكالة، وإن زوّجها جاز النكاح [وقيّد التوكيل من جانب المرأة بالكفاءة](3)، ولو كان وكيلا من جانب الرجل بتزوّج امرأة بعينها، ثم إنّ الزوج تزوّج أمّها أو ابنتها، خرج الوكيل عن الوكالة. وإذا وكّلت المرأة رجلا أن يزوّجها، وقالت له: ما صنعت من شىء فهو جائز، حتى جاز للوكيل أن يوكّل غيره بتزويجها، فحضر الوكيل الموت، فأوصى بالوكالة إلى رجل بالتزويج، فزوّجها الوكيل الثانى بعد موت الأول يجوز، وكان ينبغى أن لا يجوز؛ لأن الأول أضاف الوكالة إلى ما بعد موته وبعد الموت لا يبقى وكيلا، فكيف يصحّ توكيله بعد الموت؟

والجواب: أنّ الأول رسول عن المرأة فى التوكيل، وعبارة الرسول منقولة إلى المُرسَل، فحين قال لغيره: أوصيت إليك بالتزويج، وهو وكيل حين ما قال هذه الوكالة، صار كلامه منقولا إلى المرأة، فكأنّ المرأة قالت: وكّلتُكَ بتزويجى بعد موت الأول، ولو صرّحت المرأة بهذا متى مات الوكيل الأول، فزوّجها الوكيل الثانى كان جائزًا، كذا ههنا. وصار الحاصل أن الوكيل الثانى وكيل المرأة، وكذا هذا فى سائر الوكالات.

٣٥٩١- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": إذا وكّل الرجل رجلا أن يزوّج له امرأة، فزوّجه امرأة بغير إذنها، زوّجها أبوها، فلم يبلغها الخبر حتى نقض الوكيل النكاح بغير محضر منها، وبغير محضر من أبيها، ولا من زوجها، جاز نقضه؛ لأنه على وكالته بعد، بيانه

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) أثبت من "ظ".

هو أنّ الوكالة متى صحّت فهو على حالها ما لم يوجد العزل، أو انتهت بتحصيل ما وكّل به، ولم يوجد العزل ههنا، والوكيل لم يحصل ما وكّل به على التمام؛ لأنه وكّل بالعقد التام، وقد أتى بأصل العقد، فإذا بقى على وكالته فنقول: تصرُّف الوكيل حال بقاء الوكالة كتصرّف الموكِّل بنفسه، والموكِّل يقدر على إبطال هذا العقد، فكذا الوكيل.

٣٥٩٢- وبهذا الطريق قلنا: إنّ الوكيل بالبيع مطلقًا يملك البيع بشرط الخيار، لإطلاق اللفظ، ويملك فسخه فى [مدّة] الخيار[1] لبقاء الوكالة، ويكون تصرّف الوكيل [بمنزلة تصرّف الموكل][2] حال بقاء الوكالة.

فإن قيل: تصرّف الوكيل حال بقاء الوكالة كتصرُّف الموكِّل، فأدخل تحت الوكالة؛ [لأنه تصرُّف][3] لم يدخل تحت الوكالة، والداخل تحت الوكالة العقد لا نقضه. قلنا: نعم، الداخل تحت الوكالة العقد، ولكن الحكمة النظر فى حق الموكِّل، وربما يكون النظر فى عقد آخر [ولا يمكنه تحصيل عقد آخر][4] إلا بنقض هذا العقد، وكان نقض هذا العقد من ضرورات تحصيل المأمور به، فيكون هو قائمًا مقامه فى هذا النقض.

٣٥٩٣- وإنما لم يشترط حضرة المرأة، ولا حضرة أبيها؛ لأن حكم العقد لم يظهر فى حقها أصلا، ولو أنّ الوكيل لم ينقض هذا النكاح، ولكن زوج الموكِّل أخت هذه المرأة بإذنها، كان ذلك نقضًا للنكاح الأول؛ لأنه وكيل فى العقد الثانى، لأن العزل لم يوجد، ولم تثبت[5] الوكالة على ما مرّ، وبين النكاحين تنافى، ويكون الإقدام على الثانى فسخًا للأول، وكذلك لو زوّجه الثانية بغير إذنها كان نقضًا للنكاح الأول؛ لأنّ نكاح الثانية أيضًا موقوف، لأنه على وكالته بعد، والجمع بين الأختين ملكًا كما هو حرام، فالجمع بين الأختين عقدا أيضًا حرام، فتضمَّن إقدامه على النكاح الثانى فسخًا للأول.

٣٥٩٤- ولو كان مكان الوكيل فضوليًا، بأن زوّج رجل رجلا المرأة بغير أمره، ثمّ فسخ المزوِّج العقد قبل أن يجيزه الزوج، كان فسخه باطلا. وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنّ فسخه صحيح، وأبو يوسف رحمه الله تعالى قاس النكاح على البيع، فإنّ الفضولى إن باع،

(١) هكذا فى "ب" و"م" و"ظ"، وكان فى الأصل، و"ف": فى هذا الخيار.

(٢) أثبت من "ب" و"ظ" و"م".

(٣) هكذا فى "ظ"، وكان فى النسخ التى عندنا: لا تصرفًا.

(٤) أثبت من "ظ".

(٥) وفى "م": ولم ينتهى.

ثم فسخ قبل الإجازة صحّ فسخه، ومحمد رحمه الله تعالى فرّق بينهما، ووجه الفرق أنه يثبت للزوج ولمن وقع البيع له حق الإجازة فى هذا العقد، وفى النقض إبطاله، والإنسان لا يملك إبطال حق الغير إلا بطريق النيابة عن صاحب الحق، أو ضرورة دفع الضرر عن نفسه، والنيابة لم يوجد، وليس فى نقض النكاح دفع الضرر عن العاقد؛ لأن حقوق العقد لا يرجع إليه على تقدير النفاذ، أما فى نقض البيع دفع الضرر عن العاقد؛ لأن حقوق العقد يرجع إليه على تقدير النفاذ.

٣٥٩٥- فرع[1] محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير" على أصله فقال: عاقد النكاح فى الفسخ على أربعة أوجه: منها: ما لا يملك الفسخ بالقول والفعل، وهو المتبرِّع بالعقد الذى لم يؤمر به إذا فسخ لم يصح فسخه، ولو زوّجه أختها كان الثانى أيضًا موقوفًا، ولم ينفسخ الأول.

٣٥٩٦- والثانى: أن يملك الفسخ بالقول، ولا يملك الفسخ بالفعل، نحو أن يوكِّله أن يزوِّجه امرأة بعينها، فزوّجها إيّاه، وخاطب عن جانب المرأة أجنبى، فإنه يملك الفسخ بالقول قبل أن تجيزه المرأة بالقول، ولا يملك الفسخ بالفعل، حتى لو زوّجه أختها كان الثانى موقوفًا أيضًا ولم ينفسخ الأول، وقد ذكرنا الوجه فيه [وهو أنه فضولى فى النكاح الثانى؛ لأن الوكيل بنكاح امرأة بعينها لا يملك نكاح امرأة أخرى، فلم يكن قائمًا مقام الموكِّل فى النكاح الثانى، ولا يظهر النكاح الثانى فى حق الموكِّل، فلا ينفسخ للأول][2].

٣٥٩٧- والثالث: أن يملك الفسخ بالفعل، ولا يملك بالقول نحو أن يزوِّجه امرأة بعينها بغير أمره، ثم إن الزوج وكّله أن يزوِّجه امرأة فزوَّجه أختها، انفسخ العقد الأول؛ لأنه فى العقد الثانى وكيل، فنزل فعله منزلة فعل الموكِّل، ولو كان الموكِّل تزوّج أختها انفسخ العقد الموقوف. وكذا إذا زوّجه الوكيل أختها، ولكن لو فسخ الوكيل ذلك العقد بالقول لا يصح فسخه، وقد مرّ الوجه فيه.

٣٥٩٨- والرابع: أن يملك الفسخ بالقول والفعل جميعًا، نحو أن يوكِّله أن يزوِّجه امرأة [بغير عينها، فزوّجه امرأة][3] وخاطب عنها فضولى، ملك الفسخ بالقول، وكذا إذا زوّجه أختها انفسخ العقد الأول؛ لأنه وكيل فى النكاح الثانى، فانتقل فعله إلى الموكِّل، وصار كأنّ

---

(١) هكذا فى "ف" و "ب" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ": فرجع،

(٢) هكذا فى "م".

(٣) أثبت من "ب" و "ف" و "م".

الموكّل تزوّج بنفسه .

٣٥٩٩- ذكر فى "العيون" : رجل وكّل رجلا أن يزوِّجه امرأة نكاحًا فاسدًا، فزوّجه امرأة نكاحًا جائزًا لم يجز، وفرّق بين الوكيل بالنكاح الفاسد وبين الوكيل بالبيع الفاسد . فإنّ الوكيل بالبيع الفاسد إذا باع بيعًا صحيحًا يجوز، والفرق أنّ الوكيل بالبيع الفاسد وكيل بالبيع؛ لأن البيع الفاسد بيع، لأنه يفيد الملك، وإذا صار وكيلا بالبيع، فإذا باع بيعًا جائزًا، فقد خالف إلى خير، أما الوكيل بالنكاح الفاسد ليس بوكيل بالنكاح [فإنّ النكاح الفاسد ليس بنكاح][1]؛ لأنه لا يفيد الملك، ولهذا لايجوز طلاقها ولا ظهارها، وإذا لم يصر وكيلا لم ينفذ تصرّفه على الموكِّل .

٣٦٠٠- فى "فتاوى الفضلى" : أكرهَ الرجل ابنه على أن يوكِّله بتزويج بنت لهذا الابن، فقال الابن للأب : من از تو واز فرزند بيزازم هرچه خواهى كن، فذهب الأب وزوّج ابنة الابن لا يجوز النكاح؛ لأنه لا يراد بمثل هذا الكلام التحقيق، فى آخر "فتاوى أبى الليث" : رجل وكّل رجلا أن يزوّجه امرأة بألف درهم، فزوّجه بالزيادة، إن كانت الزيادة مجهولة ينظر إلى مهر مثلها، إن كان ألفًا أو أقل جاز النكاح، ويجب لها ذلك، وإن كان أكثر لا يجوز ما لم يجز الزوج؛ لأنّ الزيادة إذا كانت مجهولة كان الواجب مهر المثل، وإذا كان مهر المثل أكثر من الألف، صار كأنه زوَّجه بالزيادة على ما سمى [لها الموكِّل][2] فيقف على إجازته، فإن زاد شيئًا معلومًا لا يجوز ما لم يُجزِ الزوج .

٣٦٠١- فى "الأصل" : إذا وكّلت المرأة رجلا أن يزوّجها، فزوّجها على أمر صحيح أو فاسد، أو وهبها لرجل بشهود، أو تصدّق بها على رجل، وقبل ذلك الرجل، جاز النكاح، أما إذا تزوّجها على مهر صحيح فظاهر، وكذلك إذا زوّجها على مهر فاسد؛ لأنّ ظاهر فساد التسمية لا أثر لها فى إفساد عقد النكاح، وكذلك إذا وهبها أو تصدّق لأنه أتى بمعنى التزويج، إلا أنه ترك التسمية، لكنّ تركُ التسمية فى هذا الباب ليس بضارّ، كما لو باشرت بنفسها وتركت التسمية .

٣٦٠٢- وإذا وكّلته أن يزوّجها من رجل، ويكتب لها كتاب المهر، فزوّجها ولكن لم يكتب لها كتاب المهر فهو جائز؛ لأنه مأمور بشيئين : بالنكاح، وبكتابة كتاب المهر، وقد أتى

---

(١) أثبت من "ب" و "ظ" و "م" .

(٢) هكذا فى "ب" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ" : على ما سمى له للوكيل.

بأحدهما وترك الآخر، وترك بعض المأمور به لا يوجب خللا [فى المأتى به][(١)].

٣٦٠٣- وكّلت رجلا بأن يزوِّجها من فلان يوم الجمعة، فزوّجها يوم الخميس لايجوز، وكذلك لو وكّلته أن يزوِّجها منه اليوم بعد الظهر، فزوّجها قبل الظهر؛ لأنّ التفويض يتناول زمانًا مخصوصًا، فلا يثبت قبله. إذا وكّلته بأن يزوِّجها [من فلان بأربعمائة درهم، فزوّجها الوكيل، فأقامت معه سنة، ثم زعم الزوج أنّ الوكيل زوَّجها][(٢)] منه بدينار وصدّقه الوكيل فى ذلك، فإن كان الزوج مقرّا أنّ المرأة لم توكِّله بدينار، فالمرأة بالخيار إن شاءت أجازت النكاح بدينار وليس لها غير ذلك، وإن شاءت ردّت، ولها عليه مهر مثلها بالغًا ما بلغ، ولا نفقة لها فى العِدّة؛ لأنها لما ردّت النكاح تبيّن أنّ الدخول حصل فى نكاح موقوف، فيوجب مهر المثل، ولا يوجب النفقة فى العدّة، وإن كان الزوج منكرا لذلك، ووقع الاختلاف بينهما، فكذلك الجواب أيضًا؛ لأنّ القول قولها مع يمينها.

٣٦٠٤- فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": ومن هذا الجنس وكّل الرجل رجلا أن يزوِّجه امرأة بمائة، فزوّجه امرأة بمائة وخمسين حتى صار مخالفًا، صار فضوليّا فى العقد، وتوقّف العقد على إجازة الزوج، فإن أجازه وجب مائة وخمسون، وإن ردّه وقد كان دخل بها وهو لا يعلم، فعليه الأقل من المسمى ومن مهر المثل كما فى النكاح الفاسد.

٣٦٠٥- وفى "فتاوى أهل سمرقند": رجل قال لغيره: زوِّج ابنتى هذه رجلا ذاعلم، وعقل، ودِين، بمشورة فلان وفلان، فزوّجها من رجل بهذه الصفة من غير مشورة فلان وفلان جاز؛ لأن الأمر بالمشورة لتحقق هذه الصفة، وقد وجد فى هذا الموضع.

٣٦٠٦- امرأة وكّلت رجلا أن يتصرّف فى أمورها، فزوّجها من نفسه، فقالت المرأة: أردتُ البيع والشراء، لا يجوز النكاح؛ لأنها لو وكّلته بالنكاح أو التزويج، فزوّجها من نفسه لا يجوز، فههنا أولى.

٣٦٠٧- فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": رجل وكّل رجلا أن يخطب له بنت فلان، فجاء الوكيل إلى أب المرأة، وقال: هب ابنتك منِّى، فقال الأب: وهبت، ثم ادّعى الوكيل إنِّى أردت النكاح لموكِّلى، إن كان القول من الخاطب -وهو الوكيل- على وجه الخطبة، ومن الأب على وجه الإجابة لا على وجه العقد، لا ينعقد النكاح بينهما أصلا، وإن كان على وجه العقد ينعقد النكاح للوكيل لا للموكِّل، وكذلك إذا قال الوكيل بعد ذلك:

(١) هكذا فى "ب" و"ف" و"م"، وفى "ظ" والباقى، وكان فى الأصل: فى الباب.

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

قبِلت لفلان؛ لأن الوكيل لما قال : هب ابنتك من فلان[١] ، فقال الأب : وهبت، تم العقد بينهما من غير أن يحتاج فيه إلى قبول الموكِّل ، فكان قبول الوكيل بعد ذلك فضلا ، فأما إذا قال الوكيل : هب ابنتك من فلان ، فقال الأب : وهبت ، لا ينعقد النكاح ما لم يقل الوكيل : قبِلت ، فإذا قال الوكيل : قبِلت فهو على وجهين : إما أن قال : قبِلت لفلان ، أو قال : قبِلت مطلقًا ، وفى الوجهين جميعًا ينعقد النكاح[٢] للموكِّل .

٣٦٠٨- فى "فتاوى أهل سمرقند" : مريض كلَّ لسانه ، فقال له رجل : أكون وكيلا عنك فى تزويج ابنتك ، فقال : أرى أرى ، فذهب الوكيل وزوّج لا يجوز ؛ لأنّ هذا اللفظ محتمل يحتمل أرى وكيلى ، ويحتمل أرى وكيل كنمت[٣] وفيه نظر ، ينبغى أن يجوز النكاح ؛ لأنّ قوله : أرى جواب فيتقيّد بالسؤال ، والسؤال عن الوكالة الحالية -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

(١) وفى "ف" و "ب" و "م" : منى مكان من فلان.

(٢) وفى النسخ التى عندنا : العقد.

(٣) واللفظ غير واضح.

الفصل التاسع فى معرفة الأولياء[١]

٣٦٠٩- ويجب أن يعلم بأنّ الولى من كان أهل الميراث، وهو عاقل بالغ، حتى لاتثبت الولاية للصبى، والمجنون، ولا تثبت الوكالة للكافر على المسلم، ولا للمسلم على الكافر؛ لأن كل واحد منهما لا يرث من صاحبه، ولا تثبت الولاية للعبد؛ لأنه لا يرث من أحد. بعدها يحتاج إلى معرفة ترتيبهم، فنقول: أقرب الأولياء إلى المرأة الابن، ثم ابن الابن وإن سفل، ثم الأب، ثم الجد أب الأب وإن علا، ثم الأخ لأب وأم، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ لأب وأم، ثم ابن الأخ لأب وإن سفلوا، ثم العم لأب وأم، ثم العم لأب، ثم ابن العم لأب وأم، ثم ابن العم لأب وإن سفلوا، ثم عم الأب لأب وأم، ثم عم الأب لأب، ثم بنوهم على هذا الترتيب، ثم رجل هو أبعد العصبات إلى المرأة وهو ابن عم بعيد؛ لأن مرجع العشيرة إلى أب واحد وإن [تباعدوا][٢]، ثم مولى العتاقة، ثم عصبة مولى العتاقة، ثم الأم، ثم ذوى الأرحام الأقرب فالأقرب، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأنه استحسان.

وقال محمد رحمه الله تعالى: لا ولاية للأم وقومها، ولا لأحد من ذوى الأرحام وهو القياس، وقول أبى يوسف رحمه الله تعالى مضطرب، ذكر الطحاوى قوله مع أبى حنيفة، وذكر القدورى مع محمد، والأصح أنه مع أبى حنيفة رحمه الله تعالى، ثم مولى الموالاة، ثم السلطان، ثم القاضى، ومن نصبه القاضى، إذا شرط تزويج الصغار والصغائر فى عهده، وإذا لم يشترط فلا ولاية له، ثم إنما يحتاج إلى الموالى، فى الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة، وإذا زال الصغر والجنون تزول الولاية عندنا.

٣٦١٠- سئل إسماعيل بن حماد عن امرأة جاءت إلى القاضى، وقالت: إنى أريد أن اتزوَّج، وليس لى ولىّ، ولا يعرفنى أحد، فإن القاضى يقول لها: إن لم تكونى قُرَشيّة، ولا عربية، ولا ذات زوج، ولا فى عدة أحد، فقد أذنت لك.

٣٦١١- وإذا اجتمع أب وابن، فالابن أولى فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد: الأب أولى، وعلى هذا الاختلاف الجد مع الابن، هكذا ذكر القدورى، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: أن

---

(١) وفى "م": فى الولاية فى النكاح.

(٢) هكذا فى "ب" و "ف"، وكان فى بقيتهما: لم يتباعدوا.

عند أبى يوسف الابن أولى من الجد، رواية واحدة. فى "نوادر هشام": عن محمد رحمه الله تعالى: إذا كان الرجل مختلا[١]، وله ابن وأب، فالتزويج إلى الابن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، والبيع [إلى الأب، وذكر هذه المسألة فى "نكاح المنتقى"، وأجاب على نحو ما ذكرنا، وقال: هذا قول أبى يوسف رحمه الله، وقال محمد: هما جميعًا][٢] إلى الأب.

٣٦١٢- وإذا اجتمع الجد والأخ لأب وأم، أو لأب، فعند أبى حنيفة الجد أولى، وعندهما: يستويان كما فى الميراث، قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى "شرحه": الأصح عندى أن الجد أولى فى الإنكاح عند الكل، لأن فى الولاية معنى الشفقة معتبرة، وشفقة الجد فوق شفقة الأخ.

٣٦١٣- وإذا اجتمع الابن والأخ لأب وأم، أو لأب، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى الابن أولى، وقال محمد رحمه الله تعالى: الأخ أولى. وفى "المنتقى": قال محمد: إذا كان للصغيرة والد أو جد، لم يزوّجها القاضى، وإن كان الجد أو الأب فاسقًا[٣]، ينبغى للقاضى أن يزوّجها من الكُفُؤ، وإن زوّج الصغير أو الصغيرة أبعد الأولياء، فإن كان الأقرب حاضرًا، وهو من أهل الولاية، توقّف نكاح الأبعد على إجازته، وإن لم يكن من أهل الولاية بأن كان صغيرًا، أو كان كبيرًا مجنونًا[٤] جاز، وإن كان الأقرب غائبًا غيبة منقطعة، جاز نكاح الأبعد.

٣٦١٤- وتكلّموا فى حدّ الغيبة المنقطعة: وأكثرَ المشايخ رحمهم الله تعالى الكلام فيه، وكذلك اختلف الروايات فيه، والأصح أنه إذا كان فى موضع لو انتظر حضوره، واستطلاع رأيه فات الكُفُؤ الذى حضر، فالغيبة منقطعة، وإن كان لايفوت، فالغَيبة ليست بمنقطعة، وإلى هذا أشار فى الكتاب، فقال: أرأيت لو كان فى السواد ونحوه إذا كان يستطلع رأيه، أشار إلى أن المعتبر استطلاع الرأى، فمن المشايخ رحمهم الله تعالى من لم يتجاوز عن هذا المقام، ومنهم من تجاوز عنه وقال: الكُفُؤ لا يتنظر أيامًا كثيرة، وينتظر قليلا، فلا بدّ من حد فاصل بينهما، فقدّرنا ذلك بثلاثة أيام ولياليها؛ لأنه لا نهاية لما زاد على الثلاث، وهو قول أبى عصمة سعد بن معاذ المروزى، ومحمد بن مقاتل الرازى، فصار حد الغَيبة المنقطعة على قولهما ثلاثة

---

(١) وفى "ظ": مخيلا.

(٢) أثبت من "م"، وكان فى الأصل: والبيع إلى الأب، وقولهما: إلى الأب. . . إلخ.

(٣) وفى "ب" و"ف": فاسدا.

(٤) هكذا فى "م"، وكان فى النسخ الباقية عندنا: بأن كان صغيرا، أو كبيرا، أو مجنونًا. . . إلخ.

أيام ولياليها، وهكذا كان يفتى القاضى الإمام ركن الإسلام على السغدى رحمه الله تعالى، فإنه سئل عن صغيرة زوّجتها أمّها، ولها ولىّ بنسف وهذا السؤال كان ببخارى، قال: من بخارى إلى نسف مسيرة سفر، فهو غَيبة منقطعة.

٣٦١٥- قال القاضى الإمام: إذا زوّج الولى الأبعد، ولا يعرف أن الولى الأقرب أين هو؟ يجوز، وإن ظهر أنه فى ذلك المصر[١]، وإذا زوّجها الأقرب من حيث هو، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، فى "المنتقى": عن محمد: المرأة إذا لم يكن لها ولىّ حاضر أستحسن أن توالى رجلا فيزوّجها، وهكذا جاء عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه، والرجل الذى يعول الصغير والصغيرة فلا ولاية له فى إنكاحهما، وكذلك الوصى لا ولاية له فى إنكاح الصغير والصغيرة، سواء أوصى إليه الأب بالإنكاح أو لم يوص إلا إذا كان الوصى وليُّهما، فحينئذٍ يملك الإنكاح بحكم الولاية لا بحكم الوصاية.

٣٦١٦- فى "مجموع النوازل": سُئل شيخ الإسلام رحمه الله تعالى عن رجل غاب غَيبة منقطعة، وله بنت صغيرة، فزوّجتها أختها لأب وأم، أو لأب، والأم حاضرة؟ قال: إن لم يكن لها عصبة أولى من الأخت جاز النكاح، قيل له: ألا تكون الأم أولى من الأخت؟ قال: لا؛ لأن الأخت من أب وأم من قوم الأب، والنساء اللواتى من قوم الأب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات بإجماع من أصحابنا رحمهم الله تعالى وهى الأخت، والعمة، وبنت الأخ، وبنت العم، فأما الأم والنساء اللواتى من قِبل الأم فلهنّ ولاية عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعند محمد رحمه الله تعالى لا ولاية لهنّ، وقد ذكرنا قبل هذا أنّ ولاية ذوى الأرحام على الخلاف فيما ذكر شيخ الإسلام، وأنّ النساء اللواتى من قوم الأب لهنّ ولاية التزويج عند عدم العصبات بإجماع بين أصحابنا رحمهم الله تعالى، مستقيم فى الأخت لا فى العمة، وبنت الأخ، وبنت العم؛ لأنهنّ من جملة ذوى الأرحام.

٣٦١٧- وإذا زوّج الصغيرة أو الصغير غير الأب والجد، ثم بلغا فلهما الخيار عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، والمسألة معروفة، ولو زوّجتها أمّها، فبلغت فلها الخيار عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى على أصحّ الروايتين، والقاضى إذا زوّج الصغير أو الصغيرة، ثم بلغا فلهما الخيار فى أظهر الروايتين[٢] عن أبى حنيفة، وهو قول محمد رحمه الله تعالى. إذا كان الوصى وليّا، وزوّج الصغير أو الصغيرة، وبلغ فله الخيار؛ لأنّ نفاذ تصرّفه ليس لكونه

---

(١) هكذا فى الأصل و"ظ"، وفى "التاتارخانية": وإن ظهر أنه فى المصر لا يجوز.

(٢) وفى "ب": ثم بلغا فلها الخيار عند أبى حنيفة على الأصح الروايتين عن أبى حنيفة، وهو قول محمد.

وصيّا، فصار كونه وصيّا وغير وصى سواء.

٣٦١٨- فى "العيون": معتوهة زوّجها عمّها أو أخوها، ثم عقلت فلها الخيار، وإن كان زوّجها أبوها أو جدّها، فلا خيار لها؛ لأنّ المعتوهة بمنزلة الصغيرة، وفى الصغيرة الحكم كذلك، وإن زوّج المعتوهة ابنها، فلا رواية فيه عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى، ويجوز أن لا يكون لها الخيار؛ لأنّ عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذا اجتمع الابن والأب فى البالغة المعتوهة، فولاية الإنكاح للابن، وإذا كان الابن مقدمًا على الأب عنده ولا خيار لها فى تزويج الأب، جاز أن لا يكون لها الخيار فى تزويج الابن من الطريق الأولى، وكما يثبت خيار البلوغ للأنثى يثبت للذكر؛ لأنّ سبب ثبوت هذا الخيار صدور العقد عن شفقة قاصرة، وهذا المعنى يعمّ الذكر والأنثى، ولا يكون الفرقة فيه إلا بقضاء القاضى.

٣٦١٩- ويبطل هذا الخيار فى جانبها بالسكوت إذا كانت بِكرًا، ولا يمتد إلى آخر المجلس، حتى لو سكتت كما بلغت وهى بِكر بطل خيارها [وإن كانت ثيِّبة فى الأصل، أو كانت بِكرًا إلا أنّ الزوج قد بنى بها، ثم بلغت عند الزوج لا يبطل خيارها][1] بالسكوت ولا بقيامها عن المجلس؛ لأنّ سكوت الثيِّب لم يجعل رضى شرعًا، وإنما يبطل خيارها إذا رضيت بالنكاح صريحًا، أو يوجد منها فعل يستدلّ به على الرضا، وذلك نحو التمكين من الجِماع، أو طلب النفقة، أو ما أشبه ذلك.

٣٦٢٠- أما لو أكلت من طعام، أو خدمته كما كانت فهى على خيارها، وفى جانبه لا يبطل هذا الخيار بالسكوت، وهذا لأنّا نعتبر الإجازة بالإنشاء، وسكوت الثيِّب والغلام لا يجعل رضى بالإنشاء بعد البلوغ، فكذا لا يجعل إجازة للعقد الذى سبق البلوغ، فإنما يبطل خياره بصريح الرضا، أو بما يدلّ عليه من قربان المرأة وتجهيزها، أو تسليم الصِّداق إليها، وهذا الخيار يبطل بالجهل؛ [لأنه جهل][2] فى غير موضعه، وتفسير ذلك: إذا علمت بالعقد ساعة ما بلغت، لكن جهلت بثبوت الخيار فسكتت، بطل خيارها، أما إذا لم تعلم بالعقد ساعة ما بلغت، كان لها الخيار إذا علمت، وأما إذا بلغت وسألت عن اسم الزوج، أو عن المهر المسمّى، أو سلّمت على الشهود، بطل خيار البلوغ.

٣٦٢١- [وإذا وقعت الفرقة بخيار البلوغ][3]، إن لم يكن الزوج دخل بها فلا مهر لها،

---

(١) أثبت من "ظ" و"م" و"ب".

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وقعت الفرقة باختيار الزوج أو باختيار المرأة، وإن كان قد دخل بها، فلها المهر كاملا، وقعت الفرقة باختيار الزوج، أو باختيار المرأة.

٣٦٢٢- إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: ينبغى للصغيرة أن تختار نفسها مع رؤية الدم، قلت: فإن رأت الدم فى جوف الليل؟ قال: ينبغى أن تقول بلسانها قد فسختُ النكاح، وتشهد إذا أصبحت وتقول: رأيت الدم الآن؛ لأنها لا تُصدَّق إن تقول: رأيت بالليل، وفسختُ النكاح. قال إبراهيم: قلت لمحمد رحمه الله تعالى: وسعها ذلك؟ قال: نعم. قال هشام: سألت محمدًا عن الصغيرة التى يزوِّجها عمها إذا حاضت، فقالت: الحمد لله قد أُخترِتُ، فهى على خيارها، وإن بعثت خادمها حين حاضت تدعو الشهود لتُشهدهم، فلم تقدر على شهود وهى فى موضع منقطع عن الناس، فمكثت أيامًا لا تقدر على الشهود، قال: ألزَمَها النكاح، ولم أجعل هذا عذرًا.

٣٦٢٣- ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: إذا اختارت نفسها وأشهدت على ذلك، ولم تتقدم إلى القاضى شهرين، فهى على خيارها ما لم تمكِّنه من نفسها، إذا زوّج القاضى صغيرة لاولى لها، ولم يكن السلطان أذن للقاضى فى تزويج الصغائر، ثم أذن له فى ذلك، فأجاز ذلك النكاح لم يجز، وإن كان قد أذن له قبل التزويج فزوّج جاز، هكذا ذكر فى "فتاوى الفضلى".

٣٦٢٤- وعلى قياس قول محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير": العبد إذا تزوّج امرأة بغير إذن المولى، ثم إن المولى أذن له فى النكاح، وأجاز ذلك النكاح أنه يجوز استحسانًا، والفضولى إذا زوّج رجلا امرأة بغير أمره، ثم إن الزوج وكّله ذلك الرجل أن يزوِّجه امرأة، فأجاز ذلك النكاح أنه يجوز استحسانًا، ينبغى فى هذه المسألة أن يجوز، وتعمل إجازته ذلك النكاح استحسانًا، سئل شمس الأئمة الأوزجندى رحمه الله تعالى عن صغيرة لها أخ لا يزوِّجها، فزوّجها القاضى بغير أمر الأخ، قال: لا يصح النكاح إلا إذا كان الأخ غائبا أو عاطلا، حينئذٍ يجوز، الأب أو الجدّ، أو غيرهما زوّج الصغيرة ممن لا يكافئها، أو زوّج الصغير امرأة ليست بكُفُؤ، فقد مرّ هذه المسألة فى فصل الكفاءة.

٣٦٢٥- وإذا زوّج الأب أو الجد الصغير امرأة بأكثر من مهر مثلها، أو زوّج الصغيرة بأقلِّ من مهر مثلها، إن كانت الزيادة والنقصان بحيث يتغابن الناس فى مثله، يجوز بالاتفاق. وكذلك الجواب فى غير الأب والجد من سائر الأولياء، أما إذا كانت الزيادة والنقصان فاحشا بحيث لا يتغابن الناس فى مثله، ففى الأب والجد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: صحّ

النكاح، وصح الحط والزيادة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يجوز، ولم يبين ما ذا لا يجوز؟، النكاح، أوالتسمية؟ وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنّ النكاح جائز، والتسمية لا تجوز، وذكر هشام عن محمد رحمه الله تعالى أنّ النكاح جائز. وفى "الجامع الصغير" عنهما أنّ النكاح لا يجوز.

٣٦٢٦- وأجمعوا على أنّ غير الأب والجد إذا زاد أو نقص بحيث لا يتغابن الناس فى مثله، أنه لا يجوز النكاح حتى لو أجاز ذلك بعد البلوغ لا تعمل إجازته، وأجمعوا على أنّ الأب أو الجد لو زوّج أمَة ابنه الصغير بأقلّ من مهر المثل، أنه لايجوز، إذا كان الرجل يجنّ ويفيق، هل تثبت ولاية الغير عليه فى حال جنونه؟ ذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى "أدب القاضى" فى باب شهادة الأعمى: أنه إذا كان يجنّ يومًا أو يومين فهو بمنزلة المغمى عليه، لا يثبت للغير عليه ولاية فى حال جنونه، وتقبل شهادته فى حال إفاقته.

٣٦٢٧- وأما الجنون المطبق يوجب [زوال][1] الولاية، وقُدِّر فى بعض المواضع بأكثر من السَّنة فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، ومحمد رحمه الله تعالى قدّره أولا بشهر، ثم رجع وقدّره بالسَّنة. وفى "واقعات الناطفى": قُدِّر المطبق فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى بالشهر، والحاصل أنّ فى حق الصلوات المطبق مقدّر بست صلوات، وفى حق الصوم بالشهر، وفى الزكاة وما سواها على الخلاف، وإذا عرفت حدّ الجنون المطبق فما دونه غير المطبق، وهو المراد من قوله فى الكتاب: يجنّ ويفيق.

٣٦٢٨- فى آخر "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": رجل زوّج ابنه الكبير امرأة، فلم يجز الابن حتى جنّ جنونًا مطبقًا، فأجاز الأب ذلك النكاح جاز، وإذا أقرّ الولىّ على ولده الصغير بالنكاح بأن قال: كنت زوّجت ابنتى الصغيرة أمس من فلان، أو زوّجت لابنى الصغير امرأة فلانة أمس، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يُصدَّق الأب على ذلك، وإن صدقته المرأة أو الزوج، ما لم يشهد بذلك شاهدان، أو يصدِّقانه بعد الإدراك، وإنما يتبيّن هذا فيما إذا أقرّ الولىّ عليهما بالنكاح، ثم أدركا[2] فكذَّباه، أو أقام المدّعى عليهما شاهدين بعد البلوغ بإقرار الولى عليهما بالنكاح فى حالة الصغر.

٣٦٢٩- وكذلك على هذا الوكيل بالنكاح[3] من جانب الرجل والمرأة، إذا أقرّ على

---

(١) هكذا فى "م".

(٢) وفى "م": ثم أدركها.

(٣) وفى "م": وكذلك على هذا الوكيل وكيل بالنكاح . . . إلخ.

موكّله بالنكاح، وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى آخر باب النكاح بغير شهود: أنّ على رواية "كتاب الطلاق" الخلاف فى إقرار الولى بالنكاح على الصغير، فأما إقرار الوكيل بالنكاح، فجائز على الموَّكل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان الآمر مقرّا بأنه أمره أن يفعله، قال رحمه الله تعالى: والأصح أنّ الخلاف فى الكلّ، فإن قيل: على من تقام البيِّنة فى مسألة الصغير والصغيرة، والبيِّنة لا تُقبل إلا على منكر يعتبر إنكاره، وليس ههنا منكر يعتبر إنكاره؟

قلنا: القاضى ينصب خصما عن الصغير والصغيرة حتى ينكر، فتقام عليه البيِّنة، ويثبت النكاح فى حق الصغير والصغيرة -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

ومما يتصل بهذا الفصل، مسألة النكاح بغير الولىّ:

٣٦٣٠- الحرة العاقلة البالغة إذا زوَّجت نفسها من رجل هو كُفُؤ لها، أو ليس بكُفُؤ لها، نفذ النكاح فى ظاهر رواية أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وهو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى آخرًا، إلا أنّ الزوج إذا لم يكن كُفُؤًا، فللأولياء حق الاعتراض، وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: أنّ الزوج إذا لم يكن كُفُؤًا، لا ينفذ النكاح. وكان أبو يوسف رحمه الله تعالى أولا يقول: يتوقّف النكاح إلى أن يجيزه الولىّ أو الحاكم على كل حال، وهو قول محمد رحمه الله تعالى. وصحّ رجوع محمد إلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى آخرًا، ذكره فى "كتاب الحيل".

٣٦٣١- وإذا قصرت فى مهر مثلها، فللأولياء حق المخاصمة مع الزوج، حتى يبلغ تمام مهر مثلها، أو يفرّق القاضى بينهما، وإذا فرّق القاضى بينهما لا يجب لها إلا المسمّى فى العقد، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ليس للأولياء حق المخاصمة، وجاز النكاح بما سمّت.

٣٦٣٢- وقول محمد رحمه الله تعالى لا يتأتّى فى هذه المسألة، وإنما يتأتّى فى مسألة أخرى: أنّ السلطان إذا أكره رجلا ليزوّج مولِّيته من كُفُؤ بأقل من مهر مثلها، ورضيت المرأة بذلك، ثم زال الإكراه، فللولى حق الخصومة مع الزوج حتى يبلغ مهر مثلها، أو يفرّق القاضى بينهما. وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا حقّ للولىّ فى ذلك، وكذلك فى مثله إذا كانت المرأة مكرهة ثم زال الإكراه، على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى

حق الخصومة للمرأة مع الوليّ، وعلى قولهما: حق الخصومة للولي[٣] لا غير، وهو بناء على أنّ الحق إلى تمام مهر مثلها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى للمرأة وللأولياء، كما في حق الكفاءة، وعندهما الحق للمرأة لا غير.

هما يقولان: المهر خالص حقها حتى استبدّت بالتصرّف فيه استيفاء وإسقاطًا، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: الأولياء يعيِّرون[٢] بالبخس عن مهر المثل، كما يعيِّرون بالوضع عند من لا يكافئهم، وإن أمرت رجلا حتى زوّجها فهو على هذا الخلاف؛ لأنّ تزويج المأمور إياها بأمرها بمنزلة مباشرتها بنفسها، وإن طلّقها الزوج ثلاثًا قبل إجازة الولي أو الحاكم، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى آخرًا: لا يحل له أن يزوّجها قبل التزوج بزوج آخر. وكذلك على قول محمد رحمه الله تعالى على القول المرجوع عليه، وعلى قوله الأول: يكره لها التزوُّج قبل التزوّج بزوج آخر، لكن لا يحرم؛ لأنّ الطلاق لم ينفذ عنده على الحقيقة.

٣٦٣٣- في "المنتقى": إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: صغيرة زوّجتها أمها من رجل، ثم طلّقها الزوج قبل أن يدخل بها، له أن تزوّج أمّها، لأنّ ذلك ليس بنكاح؛ وهذا لأنّ الأم ليست بِوَلِيّة عند محمد رحمه الله تعالى. وإن كانت كبيرة فزوّجت نفسها، أو زوّجتها أمها برضاها، ثم طلّقها قبل أن يخلو بها، فليس له أن يتزوّج بأمها، قال: لأنّ الناس اختلفوا في النكاح بغير وليّ، فأكره هذا لاختلاف الناس فيه.

٣٦٣٤- وعنه أيضًا: رجل زوّج أخته برضاها، فقال أبوها: قد أبطلت النكاح، لايكون إبطالا حتى يبطله القاضي، وقال للولي أن يجيز النكاح، وليس للولي أن ينقضه، أشار إلى أنّ في النكاح بغير وليّ يحتاج إلى إبطال القاضي، ولا يكفيه إبطال الولي.

٣٦٣٥- وفي "فتاوى الفضلي": سئل عن امرأة زوّجت نفسها بحضرة امرأتين، وحضرة وليّها من رجل؟ قال: النكاح جائز على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ويصير الولي شاهدا مع امرأتين، أكثر ما فيه أنّ الوليّ إذا اعتبر شاهدا كان هذا نكاحًا بغير ولي [إلا أنّ النكاح بغير ولي عنده جائز، ويجب أن يكون الجواب هذا على قول أبي يوسف آخرًا، فكذلك على قول محمد المرجوع إليه. في فوائد مشايخ المتقدمين ببخارا: أن القاضي إذا زوّج

(١) هكذا في النسخ الموجودة عندنا، والذي يشهد به سباق الكلام وسياقه: "للمرأة" مكان "للولي" هو الصحيح، وكذا هو في الفتاوى الهندية... إلخ. (حاشية التاتارخانية)

(٢) وفي "ب" و "م": يتغيرون بالنجس من مهر المثل، كما يتغيرون بالوضع.

صغيرة من نفسه، فهو نكاح بغير وليّ][1]؛ لأنه رعيّة في حق نفسه، وإنما الحق للذي هو فوقه وهو الوالي، والوالي في حق نفسه أيضًا رعيّة، وكذلك الخليفة في حق نفسه رعيّة -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف. جميعًا.

الفصل العاشر في نكاح الصغار والصغائر وتسليمهن إلى الأزواج وتصرّف الأولياء في المهر

٣٦٣٦- قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": بلغنا أنّ رسول الله ﷺ بنى بعائشة رضي الله تعالى عنها وهي بنت تسع سنين، وتزوّجها وهي بنت ست سنين[1]، وفيه دليل على أنّ للزوج أن يدخل بالمرأة الصغيرة إذا بلغت تسع سنين، وإن لم تبلغ فإنّ بلوغها لم ينقل في الحديث، وبه أخذ بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، ومن المشايخ من قال: ليس للزوج أن يدخل بها ما لم تبلغ.

وأكثر المشايخ على أنه لا عبرة للسن في هذا الباب، وإنما العبرة للطاقة إن كانت ضخمة سمينة، تطيق الرجال، ولا يخاف عليها من المرض من ذلك، كان للزوج أن يدخل بها وإن لم تبلغ تسع سنين، وإن كانت نحيفة مهزولة، لا تطيق الجماع، ويخاف عليها المرض، لا يحلّ للزوج أن يدخل بها وإن كبر سنُّها، وهو الصحيح.

وكذلك المشايخ رحمهم الله تعالى اختلفوا على نحو هذا في ختان الصغير، بعضهم اعتبر البلوغ، وبعضهم اعتبروا تسع سنين، وبعضهم عشر سنين، وأكثرهم على أنه يعتبر الطاقة، إن كان قويّا بحيث يطيق ألم الختان يختن، قلّ سنُّه أو كثر.

٣٦٣٧- فإن نقد الزوج المهر، وطلب من القاضي أن يأمر أب المرأة بتسليم المرأة، فقال أب المرأة: إنها صغيرة لا تصلح للرجال، ولا تطيق الجماع، وقال الزوج: بل هي تصلح للرجال، وتطيق الجماع. قال: ينظر إن كانت ممن تخرج أخرجها القاضي، وأحضرها، وينظر إليها، فإن صلحت للرجال أمر بدفعها إلى الزوج، وإن لم تصلح لم يأمر، وإن كانت ممن لا يخرج أمر من يثق به من النساء أن ينظرن إليها، فإن قلن: إنها تطيق الرجال، وتحتمل الجماع، أمر الأب بدفعها إلى الزوج، وإن قلن: لا تحتمل الرجال، لا يأمر بتسليمها إلى الزوج.

٣٦٣٨- في "أدب القاضي" للخصاف في باب المطالبة بالمهر: وإن ادّعى الزوج أنها

---

(١) كما في رواية البخاري: ٤٧٣٨، ومسلم: ٢٥٤٧، وأبي داود: ١٨١١، وابن ماجة: ١٨٦٦، والدارمي: ٢١٦١.

بلغت مبلغ النساء، وقال الأب : هى صغيرة لم تبلغ، ولا تحتمل الرجال، وهى ممن يشك فى بلوغها، إذا قلن : إنها تحتمل الرجال، دفعت إلى الزوج، فى هذا الباب أيضًا : وإن أتى الزوج ببيّنة تشهد على سنها، وقد عرفت مولدها، فإن كانت قد أتى عليها خمس عشرة سنة، دفعت إلى الزوج ؛ لأن الظاهر أنّ المرأة إذا بلغت هذا المبلغ تصلح للرجال، فتدفع إليه، إلا إذا تبيّن بخلافه، ألا ترى أنّ البالغة إذا كانت لا تحتمل لا يؤمر بدفعها إلى الزوج، كذا ههنا.

٣٦٣٩- صغيرة لا يستمتع بها زوّجها أبوها، فللأب أن يطالب الزوج بمهرها، بخلاف النفقة فى هذا الباب. وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى" أيضًا : والفرق وهو أنّ النفقة بإزاء الاحتباس لحق الزوج، وهى غير محبوسة لحق الزوج [ولأنّ الزوج][1] لا يستمتع بها بخلاف المهر ؛ لأنّ المهر بإزاء الملك، والملك ثابت. فى البقالى، قيل : ليس للأب أن يطالب الزوج بمهر ابنته الصغيرة إلا أن تصير بحال ينتفع بها، وللأب ولاية المطالبة الزوج بمهر ابنته البكر وإن كانت كبيرة استحسانًا، إلا إذا نهته عن القبض، فحينئذٍ ليس له ولاية مطالبة، وليس لأحد من الأولياء ذلك، إلا بوكالة منها، وإن كانت ثيبًا، إن كانت كبيرة فليس للأب المطالبة بمهرها إلا بوكالة منها، وإن كانت صغيرة فله ولاية المطالبة بالمهر.

وفى "المنتقى" : إبراهيم عن محمد وبشر عن أبى يوسف رحمهم الله تعالى : إذا أقرّ الأب بقبض المهر، والابنة بكر صدق.

٣٦٤٠- وفيه أيضًا : إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : رجل تزوّج امرأة بكرًا، ودفع المهر إلى الأب، برئ وليس للأب أن يأخذ الزوج بالمهر، إلا بوكالة منها، ولو قبض الهبة وهديّة الزوج، لم يكن قبضه قبضًا لها، وللزوج أن يأخذ ذلك من الأب، معنى المسألة إذا وهب الزوج لإمرأته قبل أن يبنى بها هبة، أو أهدى إليها بهدية فقبض الأب ذلك، والمرأة بكرفقبض الأب لا يكون قبضًا لها، حتى كان للزوج أن يأخذ ذلك من الأب، بخلاف قبض الأب المهر، فإنه جعل قبضًا لها إذا كانت بكرًا، حتى برئ الزوج، وفيه أيضًا : بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : إذا زوّج الرجل ابنته وهى بكر، وكان الزوج مقرًا بالنكاح والمهر، فللأب أن يخاصم فى النفقة والمهر، وإن كان جاحدًا للنكاح والمهر، فليس له أن يخاصم إلا بالوكالة.

٣٦٤١- وفى "فتاوى الفضلى" : وللرجل أن يخاصم فى مهر ابنته البكر البالغة بغير

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وكالة منها، كما أنّ له أن يقبض المهر. وفى "البقالى": وأما الشراء بالمهر، فالأشبه أنه لا يجوز، وقيل: يعتبر فيه العادة، ثم الأب فى حق البكر البالغة إنما يملك قبض مهر مثلها المسمى، حتى لو كان المسمى بيضاء لا يملك قبض السود، وكذلك على العكس، هكذا ذكر فى "أدب القاضى" للخصّاف فى باب المطالبة بالمهر، وهذا تنصيص على أنه لا يملك قبض الضياع بدلا عن الدراهم، ولا يملك الأب قبض غير المسمى. قال شمس الأئمة الحلوانى: وهذا مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى.

٣٦٤٢- وفى "فتاوى أبى الليث": الأب إذا قبض ضيعة بمهر ابنته البكر، إن كان ذلك فى بلد لم يجز التعارف بدفع الضيعة بالمهر لم يجر؛ لأن هذا شرى، وليس بقبض للمهر، وليس للأب أن يشترى على ابنته البالغة، وإن كان فى بلد جرى التعارف بذلك، جاز إذا كانت بكرًا، وفى بلادنا جرى التعارف بذلك فى الرساتيق، ولم يجر فى البلد، وإن كانت صغيرة فأخذ الأب ضياعًا بمهرها، إن كانت تساوى المهر فهو جائز، سواء كان فى بلدة جرى التعارف بدفع الضيعة فى المهر، أو كان فى بلد لم يجر التعارف بدفع الضيعة بالمهر؛ لأنّ هذا إما أن يعتبر قبضًا للمهر، أو شراء، وأيّا ما كان فالأب يملك ذلك على ابنته الصغيرة، وإن كانت الضيعة لا تساوى المهر، إن كان فى بلدة جرى التعارف بدفع الضيعة بالمهر بأضعاف القيمة جاز؛ لأنّ هذا قبض للمهر، وإن كان فى بلدة لم يجر التعارف بذلك لا يجوز؛ لأنّ هذا لايساوى المهر؛ لأنّ هذا شراء، وليس للأب ولاية الشراء على ابنته الصغيرة بأضعاف القيمة.

٣٦٤٣- وفى "البقالى": وللقاضى أن يقبض مهر البكر البالغة كالأب، والجدّ، والوصى، رواه هشام عن محمد رحمه الله تعالى، وأطلق الخصّاف؛ لأنه لا يقبض إلا الأب يعنى من غير وكالة منها. وفيه أيضًا: فأما الشراء بالمهر، فالأشبه أنه لايجوز. قال: وقد قيل: إنه يعتبر فيه العادة. وفيه أيضًا: لا يجوز إقرار الأب بعد بلوغها بقبض المهر فى صغرها، ولايضمن للزوج؛ لأنّ الزوج قد صدّقه، إلا أن يقول وقت القبض: أقبضه على أن أبرأتكَ من ابنتى.

٣٦٤٤- معنى المسألة: إذا زوّج الرجل ابنته وهى صغيرة، ثم أدركت وطالبت زوجها بالمهر، وقال الزوج: دفعت إلى أبيك وأنتِ صغيرة، وصدّقه الأب فى ذلك، فإنّ إقرار الأب اليوم لا يجوز على ابنته، ولها أن ترجع بالمهر على الزوج، ولا يرجع به الزوج على الأب من قِبل أنه مقرّ أنه دفعه إليه، ودفعه جائز. وإن كان الأب قال: أخذت منكَ المهر على أن أبرأتكَ

من ابنتى ، وباقى المسألة بحالها ، كان للزوج أن يرجع على الأب ؛ لأنه قبضه على أن يبرئه من صاحبه .

٣٦٤٥- قال فى "المنتقى" : والحكم فيما بين الوكيل ، والمديون ، وربّ الدَّين ، فى مثل هذا نظير الحكم فيما بين المرأة ، والأب [والرجل][(١)] إذا قبض مهر ابنته البالغة من الزوج ، ثم ادّعى عليه الرد ، فإن كانت الابنة بكرًا لم يصدّق إلا ببيِّنة ؛ لأنّ له حق القبض ، وليس له حق الرد ، فقد ادّعى ما ليس حقه ، فلا يصدّق ، وإن كانت ثيِّبا يصدّق ؛ لأنه ليس له حق قبض مهر البنت البالغة إلا بوكالة منها ، ولم يوجد الوكالة ، فلا يقع قبضه لابنته ، وإنما يقع قبضه للزوج ، وكان المهر أمانة للزوج فى يده ، فإذا قال : رددت على الزوج ، فقد ادّعى رد الأمانة على صاحبها ، فيصدّق الأب .

٣٦٤٦- الأب إذا زوّج ابنته من إنسان ، وطلبوا منه أن يقر بقبض شىء من الصداق ، أو يهب شيئًا من الصداق ، فالإقرار بالقبض باطل ؛ لأنّ أهل المجلس يعرفون أنه كذب حقيقة ، وأما الهبة فإن كانت البنت كبيرة فالأب يقول : أهب بإذن ابنتى كذا وكذا ، ثم يضمن للزوج عنها ، ويقول : إن أنكرت الإذن بالهبة ، ورجعت عليك فأنا ضامن لك عنها ، ويكون هذا الضمان صحيحًا ، لكونه مضافًا إلى سبب الوجوب . وإن كان البنت صغيرة ، فالحيلة أن يباشر العقد على ما وراء القدر الملتمس هبة ، فلا يحتاجان إلى الهبة ، أو يحيل الزوج بعض[(٢)] الصداق على أب الصغيرة ، فيفرغ ذمّته إن كان أب الصغيرة أعلى من الزوج[(٣)] إذا جعل الأب بعض مهر ابنته البالغة معجلا ، والبعض مؤجلا ، والبعض هبة ، كما هو المعهود ، ثم قال الأب : إن لم تجز الابنة الهبة ، فهى علىّ ، لا يلزم الأب بهذا شىء .

٣٦٤٧- فى شهادات "فتاوى أبى الليث" : رحمه الله تعالى ، ذكر الخصّاف فى "أدب القاضى" : لو أنّ رجلا قدّم رجلا إلى القاضى وقال : إنى زوجت هذا ابنتى على صداق كذا وكذا بأمرها وهى بكر ، وأنا أريد صداقها ، فإن أقرّ الزوج بالتزويج والمهر ، وقال : لَم أدخل بها ، أمره بدفع المهر إلى الأب ، ولا يشترط إحضار المرأة للاستيفاء عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى . وقال زفر : يشترط إحضارها ، وهو قول أبى يوسف آخرًا ، هو يقول : بأنّ النكاح

---

(١) أثبت من "ب" و "م" ، وكان فى الأصل : الرجل.

(٢) وفى "ظ" : بقبض الصداق.

(٣) وفى التاتارخانية : "أملأ على الزوج" مكان "أعلى من الزوج" .

معاوضة، فكان بمنزلة البيع، ثم البائع إنما يملك مطالبة المشترى بالثمن إذا أحضر المبيع مع نفسه، ليسلّمه عقيب قبض الثمن، فكذا فى النكاح. وإنا نقول: بأنّ العادة جرت فيما بين الناس بتسليم الصداق أولا، وتجهيز الولى المرأة بذلك، ثم بتسليمها إلى الزوج مع جهازها، فصار الزوج راضيًا بتأخير تسليم المرأة، فلا معنى لاشتراط إحضار المرأة، ولا كذلك البيع.

٣٦٤٨- فإن قال الزوج للقاضى: مُر الأب، فليقبض المهر منّى، ويسلّم الجارية إلىّ، قال له القاضى: اقبض المهر، وادفع الجارية إليه، فإن قال الأب: ليس علىّ دفعها، فهو يطلبها حيث هى، فالقاضى يقول له: إنّ المهر الذى تريد أخذه ثمن بضعها، وعليها إذا كانت كبيرة وقبضت المهر أن تسلم نفسها إلى الزوج، فإذا قبضت أنتَ المهر لها، كان عليك تسليمها إليه إن كانت فى منزلك، فإن قال الأب: ليست هى فى منزلى، ولا أقدر عليها، فإنّى أقبض المهر، وهو يطلبها حيث هى، ليس له ذلك. وإن قال: هى فى منزلى، فأنا أقبض المهر، وأجهّزها به، وأسلّمها إليه، فالقاضى يأمر الزوج بدفع المهر إليه، فإن قال الزوج: هو يدافعنى عنها، ويريد أن يأخذ المهر منّى، ولا يسلمها إلىّ، فمره فليوثق لى بكفيل من المهر، فالقاضى يأمر الأب أن يوثق من المهر للزوج بكفيل، فيعطيه كفيلا بالمهر، ويأمر الزوج بدفع المهر، حتى إذا سلّم البنت إليه برئ الكفيل، وإن عجز عن ذلك يصل الزوج إلى حقه بالكفيل، فيعتدل النظر من الجانبين.

وهكذا كان يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى أولا، ثم رجع وقال: القاضى يأمر الأب أن يجعل المرأة مهيّأة للتسليم، ويحضرها، ويأمر الزوج بدفع المهر، والأب بتسليم البنت، فيكون دفع الزوج المهر عند تسليمها نفسها إلى الزوج؛ لأنّ النظر لايحصل للزوج بالكفالة، لأنه لا يصل إلى المرأة لا محالة بالكفالة، وإنما النظر فى التسليم بحضرتها[1]، قال الخصّاف رحمه الله تعالى: وهذا أحسن القولين.

٣٦٤٩- فإن كان الأب إنما قدّم الزوج إلى قاضى الكوفة، والخصومة [بينهما على ما وصفنا، فقال الأب: ابنتى بالبصرة، وثمة كان عقد النكاح، أو قال: كانت ابنتى][2] بالكوفة، إلا أنها انتقلت إلى البصرة، فأنا أسلّمها إليه بالبصرة، فإنّ الأب لا يجبر على حملها إلى الكوفة، ولكن يقال للزوج: ادفع المهر إلى الأب، واخرج إلى البصرة مع الأب، وخذ المرأة

---

(١) وفى "ب" و"ف": وإنما النظر فى تسليم المهر بحضرتها، وفى "م": وإنما النظر فى تسليمة المهر.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

هناك من الأب، فقد ذكرنا قبل هذا أنّ إحضار المرأة ليس بشرط لتسليم المهر، فإن اتهم الزوج الأب بما قلنا من قبل، فالقاضى يأمر الزوج أن يأخذ من الأب كفيلا بالمهر على أنه إن سلّم الأب البنت بالبصرة، برئ الكفيل، فإذا أتى البصرة، وسلّم الأب البنت إليه، برئ الكفيل والأب، وإن عجز عن تسليم البنت إليه، يخاصم الكفيل، ويستوفى حقه منه، فيعتدل النظر من الجانبين، فإن قال الزوج: لا يمكننى الخروج إلى البصرة، ولكن أوجه [وكيلا][1] يحولها إلى منزلى بالبصرة، فذلك له، وإن قال الزوج: يحملها وكيلى إلىّ، فإن كان الوكيل محرمًا، فله ذلك بناء على أنّ المرأة إذا استوفت صداقها، كان للزوج أن ينقلها حيث أحبّ، وستأتى المسألة بعد هذا مع قول الفقيه أبى القاسم الصفار -إن شاء الله تعالى- .

٣٦٥٠- وإن لم يكن الوكيل محرمًا[2]، لم يؤمر بالخروج معه، وإن رضى الزوج بذلك؛ لأنه رضى بما لا يرضى به الشرع، وهو خروج المرأة إلى السفر من غير محرم، هذا هو الكلام فى الأب.

٣٦٥١- جئنا إلى الوكيل يقبض المهر من جهة المرأة، فنقول: إذا وكّلت المرأة رجلا بقبض مهرها من الزوج، كان الأمر فى اشتراط حضرة المرأة، وأخذ الكفيل بالمهر من الوكيل عند التهمة، ورجوع أبى يوسف كالكلام فى الأب، وهذه المسألة على هذا التفصيل استفيدت من جهة الخصّاف، وإن كان الزوج قد دخل بامرأته فليس للأب أن يقبض مهرها، إلا بوكالة منها لما ذكرنا.

٣٦٥٢- فإن طالب [الأب][3] الزوج بالمهر، وقال: ابنتى بِكر فى منزلى، وقال الزوج: دخلت بها، فالقول فى ذلك قول الأب؛ لأنه يتمسّك بالأصل، وينكر العارض، وإن قال الزوج للقاضى: حلّف الأب أنه لم يعلم أنّى قد دخلت بها. ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى هذه المسألة فى الواقعات فى الباب "المعلمة بعلامة النون"، وقال: لم يذكر عن هذه المسألة جواب فى الكتاب، ويحتمل أن يحلف؛ لأنّ الأب لو أقرّ بذلك صحّ إقراره فى حق نفسه، حتى لم يكن له أن يطالب بالمهر، وكانت المطالبة إلى البنت، فكان التحليف مقيّدًا،

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: كفيلا.

(٢) وفى "م": محرمًا هذا.

(٣) أثبت من "م".

ونص الخصّاف فى "أدب القاضى"، فى باب "المطالبة بالمهر": أنه لا يحلفه

وإنما لا يحلف لوجهين:

أحدهما: ما أشار إليه الخصّاف، فقال: لأنه لو أقرّ بالدخول لم يجز ذلك عليها؛ لأنه إقرارعلى الغير، إلا أنه يبطل حقه فى القبض ما لم يوجد التوكيل ههنا[١]، فكان بمنزلة التوكيل بقبض الدَّين، إذا ادّعى المديون أن الموكّل أبرأه، أو استوفى الدَّين منه، فإنه لا يحلف الوكيل، وإن كان الإبراء والاستيفاء من الموكّل، ولو ثبت يبطل حق الوكيل فى القبض.

والثانى: أن الزوج لا يدّعى على الأب شيئًا، وإنما يدّعى عليه معنى وهو الدخول، حتى لو ثبت ذلك يسقط حق الأب فى قبض الصِّداق، فهذا بمنزلة ما لو اشترى جارية، ثم ادّعى أنها ذات زوج وطلب يمين البائع، لا يمين عليه؛ لأنه لايدّعى على البائع شيئًا، وإنما يدّعى عليها معنى وهو النكاح، حتى إذا ثبت النكاح ثبت للمشترى حق الرّد بالعيب، كذا ههنا.

٣٦٥٣- فإن قال الزوج للقاضى: مر الأب بإحضارها، وسلها عمّا أقول من دخولى بها، فإن كانت المرأة ممّن تخرج فى حوائجها [أمره بإحضارها ويسألها عن دعوى الزوج، بأن الزوج إذا ادّعى عليها شيئًا آخر، و إن كانت هى ممن لا تخرج فى حوائجها][٢]، فالقاضى يبعث إليها أمينا من أمناءه، ويدخل الأب عليها برَجُلين عدلين ممن يعرفها مع الأمين والزوج، ويعرفها، ويسألها الأمين عن دعوى الزوج، فإن أقرّت بذلك شهد الشاهدان بذلك عند القاضى، وأجبرها القاضى على المضى[٣] إلى بيت زوجها، ويطالبه بمهرها، ولو أنكرت من الدخول فالقول قولها، فإن قال الزوج لأمين القاضى: حلِّفها أنِّى لم أدخل بها، حلَّفها الأمين، إن كان القاضى أمر الأمين باستحلافها إن أنكرت.

٣٦٥٤- وإن قال الزوج: قد دخلت بها برضاها، وقالت هى: لم أرضَ بذلك، ولكنه استكرهنى على نفسى، فالقول قولها مع يمينها على ذلك أنه لم يدخل بها برضاها؛ لأن حق حبس النفس كان ثابتًا لها، والزوج يدّعى سقوط ذلك الحق بالدّخول بها برضاها وهى تنكر، فكان القول قولها، وهو نظير ما إذا قبض المشترى المبيع قبل نقد الثمن، وادّعى القبض برضى

---

(١) وفى "م": منها مكان ههنا.

(٢) أثبت من "م" و "ف" والتاتارخانية.

(٣) وفى "م": على المصير إلى منزل زوجها.

البائع، وأنكر البائع ذلك، كان القول قول البائع، وطريقه ما قلنا. ولو قالت المرأة: قد خلا بى إلا أنه لم يقع علىّ، ولم أمكّنه من ذلك، حتى أقبض مهرى، فالقول قولها لما قلنا، وليس للزوج أن يحتج على القاضى، ويقول: إن الخلوة أقيمت مقام الجماع، ولو كنت جامعتها أليس أنه يلزمها[1] الذهاب إلى منزلى، ثمّ تطالبنى بالمهر، فههنا كذلك؛ لأن من حجّة القاضى أن يقول: الخلوة ليست بجماع حقيقة، وإنما أقيمت مقامه فى حق بعض الأحكام دون البعض، ثمّ رجعت إلى منزل أبيها، فطلبها الزوج، ألا ترى أنه لو طلّقها بعد الخلوة لا يملك الرجعة فى هذه العدّة.

٣٦٥٥- وإن كان أهل الصغيرة دفعوها إلى زوجها، أو كان أبوها قد دفعها إلى زوجها، ثم رجعت إلى منزل أبيها، فطلبها الزوج وقال: قد دخلت بها، وقال أهلها: نعم قد دخلت بها، إلا أنك قد عقرتها[2] لما أنها لا تحتمل الرّجال، وقال الزوج: إنها تحتمل الرجال، إلا أنها نشزت علىّ[3]، فالقاضى يريها النساء، إن قلن: إنها تصلح للرجال، رفعها إلى الزوج، وإذا كان أبوها دفعها إليه، وهى ممن لا تطيق الرجال، ولا تحتمل الوطء، وصارت فى منزل زوجها، ثم إنها رجعت إلى منزل أبيها، فقال أبوها: لا أدفعها إلى أن تصير إلى الحال التى تحتمل الرجال، وقال الزوج: قد كنت دفعتها إلىّ وصارت فى منزلى، فليس لك منعها عنّى بعد ذلك، فللأب ذلك، هكذا ذكر الخصّاف رحمه الله تعالى، وأشار إلى المعنى فقال: لأن الزوج لا ينتفع بها فى هذه الحالة.

٣٦٥٦- سئل شمس الأئمة الأوزجندى رحمه الله تعالى عمّن تزوّج صبيّة، ومضى على ذلك مدّة، هل لأب الصبيّة أن يطالب الزوج بدفع المهر، والزفاف؟

قال: أما بدفع المهر فنعم، وأما بالزفاف فكذلك إن كانت تصلح للرجال، وإن كانت لا تصلح فلا، وإذا زوّج ابنته الصغيرة، وضمن لها المهر عن الزوج، صحّ بخلاف ما إذا باع شيئًا من مالها، وكفّل لها بالثمن عن المشترى، حيث لا يصح.

---

(١) وفى "ظ": أليس له أن يلزمها... إلخ.

(٢) وفى "م": قد عقدتها، وفى "ب": قد عفوتها، ومعنى عقرتها أى جرحتها.

(٣) وفى "م": فرت علىّ.

والفرق: أنّ المطالبة بالثمن مملوكة للأب؛ لأنّ حقوق العقد في باب البيع والشراء ترجع إلى العاقد عندنا، ولهذا لو بلغت الصغيرة كان حق القبض لأبيها، ولو نهت الأب عن القبض لا يصح نهيها، فلو صحّت الكفالة لا يستوجب الأب المطالبة على نفسه لنفسه، وهذا لايجوز، أما المطالبة بالمهر غير مملوكة للأب؛ لأنّ حقوق العقد في باب النكاح ترجع إلى من وقع العقد له، لا إلى العاقد، ولهذا إذا بلغت الصغيرة كانت المطالبة بالمهر لها لا للأب، ولو نهت الأب عن القبض يصحّ نهيها، وإذا لم يكن المطالبة مملوكة للأب، صار الأب في هذه وأجنبيّ آخر سواء، فإذا صحّ الضمان عندنا لو بلغت الابنة، كان لها الخيار إن شاءت طالبت الأب بحكم الضمان، وإن شاءت طالبت الزوج بالمهر بحكم النكاح، وإذا أدّى الأب لايرجع على الزوج[1] بشيء إن ضمنه بغير أمر الزوج، وإن ضمن بأمره يرجع عليه بما أدّى. وفي "شرح الكافي": وفي "أدب القاضي" للخصّاف في باب "نكاح الصغيرة": وإن كان هذا الضمان من الأب في مرض موته كان باطلا.

٣٦٥٧- وإذا زوّج ابنه الصغير امرأة، وضمن عنه المهر، وكان ذلك في صحّته جاز، معناه: إذا قبِلت المرأة الضمان، وإذا أدّى الأب ذلك، إن كان الأداء في حالة الصحة لا يرجع على الابن بما أدّى استحسانًا، إلا إذا كان بشرط الرجوع في أصل الضمان، وفي "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى: إذا أشهد عند الأداء أنه يرجع به في مال ابنه، فله أن يرجع، وإن لم يشهد على الرجوع حين ضمن. وذكر إبراهيم هذه المسألة في "نوادره"، ووضعها فيما إذا كبُر الابن، وأدّى الأب، وأشهد على الأداء[2]، وذكر الجواب على نحو ما ذكرنا.

٣٦٥٨- وفي "المنتقى" في موضع آخر: إذا لم يشهد عند النقد لا يرجع، وإنما لم يرجع بدون الشرط بحكم العرف والعادة، فإن العادة أنّ الآباء يتحمَّلون المهر عن الأبناء الصغار، وهو نظير ما لو أنفق على ابنه الصغير في طعامه وكسوته من مال نفسه، فإنه لا يرجع في مال الصغير بذلك، إلا إذا شرط الرجوع [على وقت الإنفاق][3]، وإنما لا يرجع بحكم العرف والعادة، وهذا بخلاف ما لو اشترى لابنه الصغير شيئًا آخر سوى الطعام والكسوة، ونقد الثمن

---

(١) وفي "ظ": إلى الزوج.

(٢) وفي "م": عند الأداء.

(٣) أثبت من "ب" و"ف".

من مال نفسه، فإنه يرجع على الصغير بذلك، وإن لم يشترط الرجوع؛ لأنه [لا][١] عرف أنّ الآباء يتحمّلون الثمن عن الأبناء.

٣٦٥٩- ولو كان مكان الأب وصىّ أو غيره من الأولياء، وضمن المهر عن الصغير، وأدّى من ماله، رجع فى مال الصغير وإن لم يشترط الرجوع؛ لأنه [لا][٢] عرف فى الأوصياء والأباعد من الأولياء أنهم يتحمّلون المهور عن الصغار، هذا إذا كان الضمان والأداء من الأب فى حال الصحة.

٣٦٦٠- [فإن كان الضمان فى حال الصحة][٣]، والأداء فى حال المرض، ذكر الخصّاف رحمه الله تعالى فى "أدب القاضى": أنه لا يكون متبرعا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، ويحتسب ذلك من ميراث الابن، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: يكون متبرِّعًا، حتى لا يرجع هو ولا ورثته بعد موته على الابن بشىء، هذا إذا أدّى الأب ذلك فى صحته أو مرضه، فأما إذا لم يؤدِّ الأب ذلك حتى مات الأب، فهذه صلة لم تتمّ للابن، ثمّ المرأة بالخيار إن شاءت أخذت الصداق من الزوج، وإن شاءت أخذت من تركة الأب. فإن أخذت من تركة الأب، يرجع سائر الورثة بذلك فى نصيب[٤] الابن، أو عليه إن كان قبض نصيبه، عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى.

فى "شرح الكافى" فى باب "نكاح الصغير والصغيرة": وذكر الخصّاف: أنّ على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: سائر الورثة لا يرجعون بذلك فى نصيب الابن، ولا عليه إن كان قد قبض نصيبه، ووجه ذلك: أنّ هذا الضمان قد انعقد غير موجب للرجوع، ألا ترى أن الأب لو أدّى ذلك فى حياته وصحته، لا يرجع بذلك فى مال الابن، فلا ينقلب موجبًا للرجوع بعد ذلك، وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا: إن حصل الأداء فى مرض الموت أو بعد الموت، صار تبرُّعًا على وارث[٥] فى مرض الموت وبعد الموت، وكل ذلك باطل. و لا كذلك إذا حصل الأداء فى حالة الصحة، وهذا كلّه إذا حصل الضمان فى حالة الصحة،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) وفى "ف": فى مال الابن أو هو عليه.

(٥) وفى "م": والده.

وأما إذا حصل الضمان فى مرض الموت فهو باطل ؛ لأنه قصد بهذا الضمان إيصال النفع إلى الوارث، والمريض محجور عن ذلك، فلا يصح . وكذلك كل دَين ضمن عن وارثه[١]، أو لوارثه فى مرض موته فهو باطل لما قلنا . وفى "البقالى" : إذا قال الأب : أشهدوا أنِّى زوَّجت ابنتى فلانة بألف من مالى، لم يلزمه إلا أن يؤدى، فيكون صلة، قال : كأنه عن أبى يوسف رحمه الله تعالى روايتان .

٣٦٦١- امرأة زوّجت ابنتها وهى صغيرة، وقبضت صداقها، ثم أدركت، فإن كانت الأم وصيّتها فللابنة أن تطالب أمّها بالصداق دون الزوج، وإن لم تكن وصيّتها، فلها أن تطالب زوجها، والزوج يرجع على الأم؛ لأنها قبضت، وليس لها حق القبض، وكذا هذا الجواب فى سائر الأولياء سِوى الأب، والجدّ أب الأب .

٣٦٦٢- ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى فى الباب الأول من نكاح "واقعاته" : غير الأب والجد إذا زوّج الصغير أو الصغيرة، فالاحتياط أن يعقد مرّتين، مرّة بمهر مسمّى، ومرّة بغير تسمية؛ لأمرين : أحدهما : أنه لو كان فى التسمية نقصان لايصحّ النكاح الأول، ويصحّ النكاح الثانى بمهر المثل .

والثانى : أنّ الزوج لو كان حلف بطلاق امرأة يتزوّجها بلفظ "إن" أو بلفظ "كل امرأة يتزوّجها"، ينعقد النكاح الثانى ويحلّ وطءها، وإن كان الأب أو الجد زوّجها، فكذلك الجواب عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى للمعنيين جميعًا، وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى للمعنى الثانى فى "فتاوى أبى الليث" .

---

(١) وفى "م" : عن والده.

الفصل الحادى عشر فى نكاح الأبكار

٣٦٦٣- اعلم أنّ السكوت من البكر البالغة جعل رضى بالنكاح ، سواء استأمرها الولىّ قبل النكاح ، أو زوّجها الولىّ قبل الاستئمار ، فبلغها الخبر فسكتت ، فالأصل فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : «البكر تستأمر فى نفسها وسكوتها رضاها»[١] ، والحكمة فى ذلك صيانة مصلحة النكاح عن الفوات فى حق الأبكار ؛ وهذا لأنّ النكاح لا ينعقد[٢] على البكر البالغة إلا برضاها ، إنما يعرف من جهتها ، وهى تستحيى من الرضا صريحًا ، لما فيه من إظهار الرغبة فى الرجال ، لو لم يكتف بجواز النكاح بسكوتها ، فاتت مصالح النكاح ، وإنما جاز السكوت من البِكر البالغة إذنًا إذا كان المستأمر وليّا [أما إذا لم يكن المستأمر وليّا][٣] ، أو كان وليّا إلا أنّ هناك ولىّ آخر أقرب إلى المرأة من هذا الولىّ المستأمر ، فالسكوت لا يكون إذنًا فى حق الولىّ المستأمر ، إلا إذا كان المستأمر رسول الولىّ .

٣٦٦٤- وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى : أنّ المستأمر أو المخبر بالنكاح إذا لم يكن وليّا ، ولم يكن رسول الولىّ فسكتت ، كان سكوتها رضى فى ظاهر الرواية ، وذكر الكرخى : أنه لا يكون رضى .

٣٦٦٥- فى "البقالى" : وأكثر المتأخرين[٤] رحمهم الله تعالى على أنّ الرسول كالولىّ ، وقيل : عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافه فى النوادر ، وهو ظاهر قول الكرخى ، وقيل فى الرسول بعد النكاح : إنه كالولى ، وفى "مجموع النوازل" : أنّ المخبر بالنكاح إذا كان أجنبيّا فسكتت ، هل يكون رضى؟ فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى ، والمختار أنه رضى . وفى فتاوى شمس الأئمة السرخسى وشمس الإسلام الأوزجندى رحمهما الله تعالى : أنه لا يكون رضى ، وهذا إذا سمى الزوج عندها تسمية يقع لها المعرفة بها ، وكان الزوج كُفُؤًا ، والمهر وافرًا .

---

(١) قال الزيلعى فى "نصب الراية" (٣ : ٢٤٣) : غريب بهذا اللفظ ، وروى الأئمة الستة من حديث أبى هريرة أن النبى ﷺ قال : «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن» .

(٢) وفى "حاشية ظ" : لا ينفذ.

(٣) أثبت من "ظ" و"ب" و"ف".

(٤) وفى "ظ" : إفتاء المتأخرين.

٣٦٦٦- وأما إذا أبهم الزوج، لم يكن السكوت رضى، وكذلك إذا سمى الزوج، وسمى المهر، والزوج ليس بكُفُؤ، والمهر ليس بوافر، أو كان المهر وافرا إلا أنّ الزوج ليس بكُفُؤ، فالسكوت لا يكون رضى فى حق جميع الأولياء إلا فى حق الأب والجدّ عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنهما وليّان فى ذلك عنده، أجنبيّان عندهما، والمسألة معروفة.

وقال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: إذا كان المخبر بالنكاح أجنبيًا ليس بولىّ، ولا رسول عنه، فإن كان المخبر رجلين عدلين، أو غير عدلين، أو كان رجلا واحدًا عدلا، يثبت النكاح، حتى لو سكتت، ولم ترد يلزمها النكاح. وإن كان المخبر رجلا واحدًا غير عدل، فإن صدقته فى ذلك ثبت النكاح، وإن كذّبته لايثبت، وإن ظهر صدق المخبر عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يثبت النكاح إذا ظهر صدق المخبر.

فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": البِكر البالغة إذا استأمرها أبوها فى التزويج فسكتت، فزوّجها أبوها، ثم قالت: لا أرضى، يُنظر إن كان الأب وقت الاستئمار لم يذكر ممن يزوجها، ولم يذكر أنه بِكَم يزوجها، لا ينعقد النكاح، ولها أن ترد، وإن كان الأب ذكر الزوج والمهر جميعًا، نفذ النكاح ولا يصح الرد، وإن كان ذكر الزوج ولم يذكر المهر، فإن وهبها نفذ النكاح بمهر المثل، وإن زوّجها بمهر مسمى لا ينعقد النكاح؛ لأنه إذا وهبها فتمام العقد انعقد بالزوج، والمرأة عالمة بالزوج فتم الرضا بهذا العقد [وإذا زوّجها بمهر مسمى، فتمام العقد بالزوج وبذكر البدل، وهى غير عالمة بالبدل، فلا يتم الرضا بهذا العقد][1].

٣٦٦٧- قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرح "كتاب النكاح": إنّ اشتراط المهر عند الاستئمار قول المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى؛ لأنّ رغبتها تختلف باختلاف الصداق فى القلة والكثرة، فأما على ما عليه إشارات محمد فى "كتاب النكاح"، فتسمية المهر عند الاستئمار ليس بشرط، وإنما الشرط تسمية الزوج، فعلى ما عليه إشارات محمد رحمه الله تعالى: ينفذ نكاح الأب فى هذا الوجه وإن كان بمهر مسمى، وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى شرحه: أنه إذا لم يسمّ لها الزوج أو المهر فسكتت، ففيه اختلاف المتأخرين رحمهم الله تعالى، منهم من رآه رضى، ومنهم من أبى مطلقًا من غير فصل بينما إذا وهبها، أو زوّجها بمهر مسمى، هذا إذا أخبرها بالنكاح قبل العقد. أما إذا أخبرها به بعد العقد فسكتت، ففيما إذا لم يذكر الزوج والمهر، قال الفقيه أبو نصر رحمه الله تعالى:

---

(١) أثبت من "ظ" و "ب".

ينفذ، هو فرّق بين الماضى وبين المستقبل، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : لا ينفذ، قال الصدر الشهيد : وهو الصحيح وعليه الفتوى، وفيما إذا ذكر الزوج [والمهر ينفذ، وفيما إذا ذكر الزوج][1] ولم يذكر المهر، فالمسألة على التفصيل الذى ذكرنا، وهو اختيار الصدر الكبير برهان الأئمة -تغمّده الله سبحانه وتعالى بالرحمة والرضوان-.

٣٦٦٨- قال شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده" : إنّ أصحابنا رحمهم الله تعالى جعلوا السكوت رضى فى مسائل معدودة: أحدها : فى البِكر إذا استأمرها الولىّ فى التزويج.

٣٦٦٩- والثانية : إذا قبض الأب أو الجد مهر البِكر البالغة فسكتت، كان سكوتها رضى حتى يبرأ الزوج، ولو قبض المهر غير الأب والجد فسكتت، أو قبض الأب والجد سائر ديونها فسكتت، لا يكون سكوتها رضى.

٣٦٧٠- الثالثة : إذا سكت الشفيع بعد ما علم بالبيع ساعة، بطلت شفعته [كما لو سلّم الشفعة][2].

٣٦٧١- الرابعة : إذا تواضعا فى السر أن يظهر البيع تلجئة، ثم قال أحدهما علانية بمحضر من صاحبه : قد بدا لى أن أجعله بيعًا صحيحًا، فسكت صاحبه ولم يقل شيئًا، ثم تبايعا كان البيع جائزًا.

٣٦٧٢- الخامسة : عبد أسره المشركون، فوقع بعد ذلك فى غنيمة المسلمين، فوقع فى قسمة واحد من الغانمين، فباعه الذى وقع فى سهمه، ومولاه الأول حاضر عند البيع فسكت، لا سبيل له على أخذ العبد بعد ذلك.

٣٦٧٣- السادسة : إذا قبض المشترى المبيع قبل نقد الثمن والبائع يراه، فسكت ولم يمنعه من القبض، بطل حقه فى الحبس، ذكره الطحاوى رحمه الله تعالى فى باب المأذون، وهو مخالف لما ذكره محمد رحمه الله تعالى فى "كتاب الإكراه".

٣٦٧٤- السابعة : مجهول النسب إذا بيع وهو ساكت، كان ذلك منه إقرارًا بالرقّ، ذُكر فى "كتاب الإقرار" : زاد الطحاوى : وقيل له بعد البيع : قُم مع مولاك، فقام فذلك منه إقرار بالرقّ.

٣٦٧٥- الثامنة : إذا رأى المولى عبده يبيع ويشترى فسكت، صار العبد مأذونًا له فى

---

(١) أثبت من "ب".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

التجارة. قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى شرح نكاحه : وكذلك الولىّ إذا رأى الصبى المحجور يبيع ويشترى؛ للتثمير والتكثير فسكت، جعل فكًّا للحجر.

٣٦٧٦- التاسعة : وهب لرجل جارية والجارية حاضرة، فقبِلها وقبضها فى المجلس بمحضر من الواهب، ولم يأذن له الواهب بالقبض، ولم ينهه عنه بل هو ساكت [فإنه يثبت الإذن بالقبض استحسانًا][1]، يثبت الملك للموهوب له. ولو قام الواهب عن المجلس قبل قبض الموهوب له، لم يصح قبضه حتى يأمره بذلك.

٣٦٧٧- العاشرة : إذا باع بيعًا فاسدًا، والمبيع حاضر عند العقد، فقبضه المشترى بحضرة البائع، ولم يمنعه من قبضه وسكت، كان إذنًا له بالقبض حتى يملكه المشترى، دفع الثمن أو لم يدفع.

٣٦٧٨- الحادية عشرة : إذا قال : والله لا أُسكِن فلانًا فى دارى، أو قال : والله لاأتركه فى دارى، وفلان فى دار الحالف بعد اليمين، ولم يقل : أُخرج منها، حنث. ولو قال : أُخرج منها، فأبى أن يخرج، فسكت عنه لا يحنث فى يمينه.

٣٦٧٩- الثانية عشرة : إذا كان الخيار للمشترى، فرأى عبده الذى اشتراه يبيع ويشترى فسكت، فهو اختيار للبيع وإبطال لخياره، ولو كان الخيار للبائع لا يكون إبطالا لخياره.

٣٦٨٠- الثالثة عشرة : إذا سكت عن نفى الولد حتى مضى على ذلك يومين، لزمه الولد فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وروى ابن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى : إذا هنّئ بالولد فسكت، لزمه الولد.

٣٦٨١- وزاد شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى على هذه المسائل ما إذا قال لغيره : بِع عبدى، فلم يقبل ولم يرُد، بل سكت ثم قام وباع، جعل بائعًا بتوكيله، وجعل السكوت منه قبول الوكالة، وكذلك من رأى غيره شقّ زِقّه، فسكت حتى سال ما فيه، لم يضمن الشاقّ ما سال منه، ويحتجّ على صاحب الزِقّ بسكوته.

وههنا مسألة أخرى من هذا الجنس:

٣٦٨٢- أنّ غير الأب والجدّ إذا زوّج الصغيرة، فبلغت وهى بِكر، فسكتت ساعة، بطل خيارها، وجعل سكوتها بمنزلة الرضى صريحًا، ولو ضحكت البِكر عند الاستئمار، أو

---

(١) أثبت من النسخ الموجودة عندنا.

بعد ما بلغها الخبر فهو رضى، هكذا ذكر القدورى وشيخ الإسلام رحمهما الله تعالى. وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى: أنها إذا ضحكت كالمستهزأة لما سمعت لا يكون رضى، وإن تبسّمت فهو رضى، هو الصحيح من المذهب ذكره شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى.

٣٦٨٣- ولو بكت ذكر هشام فى "نوادره": أنه يكون رضى، وذكر المعلى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه لا يكون رضى، وذكر القدورى فى شرحه: أنّ عن أبى يوسف فيه روايتين: فى رواية: لا يكون رضى، وهو قول محمد رحمه الله تعالى. ومن المشايخ من قال: إن كان البكاء عن سكوت وقرار فهو رضى، وإن كان عن صياح وكظم وجه فهو ردّ، ومنهم من قال: إن كان الدّمع حارّا فهو ردّ، وإن كان باردًا، فهو رضى.

٣٦٨٤- وإذا زوّج البِكر وليّان، كل واحد منهما من رجل، وهما فى الدرجة على السواء، فبلغها العقد فأجازتهما، بطلا ولو سكتت. ذكر القدورى فى شرحه: أنّ عن محمد رحمه الله تعالى فى هذا روايتين: فى رواية سكوتها بمنزلة رضاها بالعقدين فبطلا، وفى رواية هو ليس بردّ ولا إجازة، والأمر موقوف.

٣٦٨٥- وإذا زوّج البالغة أبوها من رجل، وأخوها بعد ذلك من رجل آخر، فأجازت نكاح الآخر كان جائزًا، وبطل نكاح الأب؛ لأنّ النكاح لا ينفذ على البالغة من غير رضاها، فيتوقف النكاح على إجازتها، فإذا أجازت نكاح الأخ، وجد شرط النفاذ فى هذا النكاح فينفذ، ومن ضرورته بطلان الآخر، ويكون هذا نكاحًا حاصلا بلا ولى؛ لأنّ الأخ مع الأب ليس بولىّ، فيكون على الاختلاف على ما مرّ.

٣٦٨٦- وفى "فتاوى الفضلى": صغيرة زوّجها عمّها لأبيها، ثم زوّجها عمّها لأبيها وأمّها، فبلغت وأجازت نكاح العم لأب، قال: بطل نكاح العم لأب، ولايبطل نكاح العم لأب وأمّ بردِّها، حتى يفرّق القاضى بينهما؛ لأنّ نكاح العم لأب موقوف على إجازة العم لأب وأمّ، ونكاح العم لأب وأمّ بات، فقد نفذ، لكن لها حق فسخه، والفسخ لا يكون إلا عند القاضى، ولم يوجد، والبات متى ورد على الموقوف أبطله.

٣٦٨٧- البِكر إذا بلغها الخبر فقالت: لا أرضى، ثم قالت: قد رضيت، فلا نكاح بينهما؛ لأنّ النكاح قد بطل بردّها، والرضا صادف عقدًا مفسوخًا، وعن هذا استحسن المشايخ رحمهم الله تعالى تجديد العقد عند الزفاف؛ لأنّ البِكر فى الصورة الأولى تُظهر الردّ، وغير ذلك لا يظهر منها، ولولا جدّد العقد لكانت ردًا إلى أجنبى.

٣٦٨٨- فى "المنتقى" : ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : إذا قال الرجل لابنته الكبرى وهى بِكر : إنّ فلانًا وفلانًا خطباكِ إلىّ، وأنا مزوِّجكِ، أو لم يقل : وأنا مزوِّجكِ، فسكتت، فله أن يزوِّجها أيهما شاء.

٣٦٨٩- وكذلك إذا قال لها : إنّ بنى فلان يخطبونكِ، وهم يحصون [ويعرفون، ولم تكن قبيلة ولا فخذا[١]، وكذلك إذا قال : جيرانى يخطبونكِ وهم يحصون][٢]، ولو قال : إنّ بنى تميم يخطبونكِ، أو أصحاب فلان يخطبونكِ وهم لا يحصون، لم يكن سكوتها عند هذا الذكر رضى. قال الحاكم الشهيد أبو الفضل : وهكذا روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى فى المسألتين [جميعًا][٣].

٣٦٩٠- المعلى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : فى بِكر كبيرة استأذنها وليّها أن يزوِّجها فسكتت، ولم يخبرها ممن يزوِّجها، ثم زوّجها من نفسه، فذلك جائز. ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : فى رجل وكّل رجلا أن يزوِّج ابنته الكبيرة، فزوّجها، فلم يبلغها حتى زوّجها الأب من آخر، ثم بلغها، فلها أن تجيز نكاح أيهما شاءت.

٣٦٩١- رجل خطب امرأة من أبيها وهى بِكر، فقال الأب : مرا كد خداى بسر است هرچه وى كرد رواست، فزوّج الابن أخته من رجل، فبلغها فسكتت، ثم زوّجها أبوها من آخر، فبلغها وسكتت، يجوز نكاح الأب، ولا يجوز نكاح الأخ، ولم يجعل سكوتها فى نكاح الأخ إجازة؛ لأنّ السكوت إنما يجعله إجازة لنكاح الولى، لا لنكاح غير الولىّ، والأخ مع الأب ليس بولىّ، هكذا ذُكر فى "فتاوى أهل سمرقند"، وفيه نظر : ينبغى أن يجوز نكاح الأخ، ولا يجوز نكاح الأب؛ لأنّ الابن وكيل من الأب فى هذا العقد، قائم مقام الأب، فكأنّ الأب باشره بنفسه، فيجعل سكوتها رضى به.

٣٦٩٢- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل" : إذا قالت البِكر : لم أرضَ بالنكاح حين بلغنى، وادّعى الزوج رضاها، فالقول قولها عند علماءنا الثلاثة رحمهم الله تعالى؛ لأنها تنكر تملُّك بضعها، وبمثله وقع الاختلاف فى خيار البلوغ، فقالت المرأة : اخترت نفسى،

---

(١) هكذا فى الأصل، وهو غير واضح.

(٢) أثبت من "ظ" و"م" و"ف".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ورددت النكاح كما بلغت، فقال الزوج: لا، بل سكتّ، وسقط خيارك، فالقول قولها[١]، فإن أقام الزوج بيِّنة على سكوتها حين بلغها الخبر، فهى امرأته، وإلا فلا نكاح بينهما، ولا يمين عليها فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما عليها اليمين، وإن نكلت يقضى عليها بالنكول، وإن أقام الزوج بيِّنة على سكوتها حين بلغها الخبر، وأقامت هى على الرّد، فبيِّنتها أولى.

٣٦٩٣- قال "البقالى": وقد روى أنه إذا كان بحضرتها قوم حين بلغها الخبر، فلم يسمعوا ردّها بتكلم، لم يصدق على ذلك، وكان تمكنها إياه من الدخول بها رضا منها، إلا إذا دخل بها وهى مكرهة، فحينئذٍ لا يثبت الرضى، فإن أقامت بيِّنة على الرد فى هذه الصورة، ذكر فى "فتاوى الفضلى": تُقبل بيِّنتها، قيل: فالصحيح أنه لا تُقبل بيِّنتها؛ لأنّ التمكين منها فى معنى الإقرار بالرضى، ولو أقرّت بالرضى، ثم ادّعت الرّد، لا يصح دعواها، ولا تقبل بيِّنتها لمكان التناقض، كذا ههنا.

٣٦٩٤- وذكر الخصّاف فى "أدب القاضى" فى النفقة[٢]: إذا زوّج ابنته البِكر البالغة، ثم خاصمت مع الزوج، فقال الزوج: بلغكِ الخبر وسكتِّ، فقالت: بلغنى الخبر ورددتُ، فالقول قولها بمثله. ولو قالت: بلغنى الخبر يوم كذا فرددتُ، أو قالت: وقت كذا فرددتُ، أو قالت: علمتُ يوم كذا فرددتُ، وقال الزوج: لا، بل سكتِّ، فالقول قول الزوج. وفى "المنتقى": هشام قال: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن بِكر زوّجها وليّها، فقالت بعد سنة: قد كان بلغنى النكاح يوم زوّجنى فلم أسكت، وقلت: لا أرضى، وادّعى الزوج أنها كانت رضيت، فالقول قول المرأة، وإنه يخالف ما ذكر الخصّاف رحمه الله تعالى.

ومن جنس هذه المسائل:

٣٦٩٥- روى ابن سماعة فى "نوادره" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: امرأة خاصمت زوجها، فزعمت أنّ أخاها زوّجها وهى صغيرة، فبنى بها أى دخل بها وهى صغيرة كارهة له، فجاءت تخاصم وتريد فراقه، وقالت: أدركت اليوم، وقال الزوج: بنيت بها، ووطئتها وهى كبيرة قد أدركَت، فالقول قول الزوج.

---

(١) وفى "ف" و "م": فالقول قول الزوج؛ لأنه ينكر زوال ملكه عن بعضها.

(٢) وفى "ف" و "م": فى باب الشفعة.

٣٦٩٦- وعنه أيضًا برواية ابن سماعة فى رجل زوّج بنتًا له كبيرة بغير أمرها، فمات زوجها، فجاءت فطلب الميراث، وقالت: قد كنت أجزت النكاح، لم تصدّق إلا ببيِّنة، وإن قالت: زوّجنى بأمرى، فالقول قولها. وعنه أيضًا برواية خالد بن صبيح رحمه الله تعالى: رجل زوّج أختًا له وهى كبيرة، وهو وليّها، فقال الزوج بعد ذلك للمرأة: أنتِ قد علمتِ وما رضيتِ. وقالت المرأة: لا بل أجزتُ ورضيتُ، لا تكون هذه المقالة من الزوج فرقة، وهى امرأته، والقول قولها. وكذلك إذا قال الزوج: لم تعلَمنى، وقالت المرأة: لا بل علمتُ وأجزتُ، فالقول قولها.

٣٦٩٧- ولو مات الزوج [قبل][1] هذه المقالة، فقال الورثة وهم كبار: قد علمَت وما رضيَت، وقالت المرأة: لا بل رضيتُ، فالقول قولها، وهذه الرواية بخلاف رواية ابن سماعة، وبخلاف رواية "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى"، فالمذكور فى الفتاوى فى هذه الصورة: أنّ القول قول ورثة الزوج، ولا مهر لها، ولا ميراث، وإن كانت الورثة قالوا للمرأة بعد موت الزوج: لم تعلمين، لم ترث حتى تقيم البيِّنة على سكوتها، بعد ما علم فى حياته إن كانت بِكرا، أو على رضاها إن كانت ثيِّبًا، هكذا رواه خالد. وإن كانت المرأة لم تقل: بلغنى النكاح وأجزت، ولكن قالت: زوَّجَنى أخى بأمرى فرضيت[2]، فلها المهر والميراث، وعليها العدّة.

٣٦٩٨- ولو كانت هى الميتة، وكان الطالب للميراث هو الزوج، والأخ المزوِّج هو الوارث، فقال الأخ: لم تكن أمرتنى، ولم تعلم حتى ماتت، فادّعى الزوج رضاها بهذا النكاح، أو أنها أمرته بذلك، فعلى الزوج البيِّنة على ذلك -والله أعلم-.

---

(١) هكذا فى "ظ" و"م" و"ف"، وكان فى الأصل: بعد هذه المقالة.

(٢) وفى "ف" و"م": صدقت.

الفصل الثانى عشر
فى النكاح بالكتاب والرسالة، وفى النكاح مع الغائب

٣٦٩٩- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": إذا كتب إليها يخطبها، فزوّجت نفسها منه كان صحيحًا، والأصل فى ذلك أنّ الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر، وقد صح أنّ رسول الله ﷺ كتب إلى النجاشى يخطب أم حبيبة[١]، فزوّجها النجاشى منه، إلا أنّ الكتاب من الغائب مع الخطاب من الحاضر يفترقان من وجه، فإنّ الحاضر إذا خطبها، فلم تجبه فى مجلس الخطاب، وإنما أجابته فى مجلس آخر لا يصح النكاح، وإذا بلغها الكتاب، وقرأت الكتاب، ولم تزوِّج نفسها منه فى ذلك المجلس، وإنما زوّجت نفسها منه فى مجلس آخر بين يدى الشهود، وقد سمع الشهود كلامها وما فى الكتاب، يجوز النكاح.

٣٧٠٠- وإذا بلغها الكتاب فقالت: زوّجت نفسى من فلان، وكان ذلك بمحضر من الشهود، لا ينعقد النكاح عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وإن بلغه الخبر وأجاز؛ لأنّ سماع الشهود كلام المتعاقدين شرط انعقاد النكاح، والشهود إن سمعوا كلامها لم يسمعوا كلام الزوج. ولو قرأت الكتاب على الشهود، أو قالت: إنّ فلانًا كتب إلىّ يخطبنى، فاشهدوا أنّى قد زوّجت نفسى منه، يصحّ [النكاح][٢]؛ لأنّ الشهود سمعوا كلامها بإيجاب العقد، وسمعوا كلام الخاطب بإسماعها إيّاهم، إما بقراءة الكتاب، أو العبارة عنه، وإن جاء الزوج بالكتاب مختومًا، وقال: هذا كتابى إلى فلانة، فاشهدوا عليه، لا يصح فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يقرأ عليهم الكتاب، أو يعلمهم بما فى الكتاب، خلافًا لأبى يوسف رحمه الله تعالى، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جحد الزوج الكتاب، فشهدوا أنّ هذا كتابه إلى فلانة، ولم يشهدوا بما فى الكتاب، لا تقبل الشهادة عندهما، ولا يقضى بالنكاح.

٣٧٠١- وإذا أرسل إليها رسولا فالحرّ، والعبد، والصغير، والكبير، والعدل، والفاسق

---

(١) أرسل رسول الله ﷺ عمرو بن أمية إلى النجاشى بكتابين: أحدهما: يدعوه فيه إلى الإسلام، والثانى: يطلب منه تزويه بأم حبيبة، فأخذ الكتاب ووضعه على عينيه وأسلم، وزوّجه أم حبيبة بنت أبى سفيان، كذا فى "ضياء السارى"، وفى "مسند أحمد": أم حبيبة كانت تحت عبيد الله بن جحش وكان رحل إلى النجاشى فمات.

(٢) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل: الكتاب.

فى ذلك على السواء؛ لأنّ الرسالة تبليغ عبارة المرسِل إلى المرسَل إليه، ولكل واحد من هؤلاء عبارة مفهومة، فيصح تبليغ الرسالة منهم، فإذا بلغ الرسالة وقال: إنّ فلانًا يسألك أن تزوِّجى نفسك منه، فأشهدَت أنها قد زوّجت نفسها، كان ذلك جائزًا إذا أقرّ الزوج بالرسالة، أو أقامت عليه بيِّنة أنّ الرسول بلّغها عبارة المرسِل، فكأن المرسِل حضر نفسه، وعبّر عن نفسه بين يدى الشهود، وإن كان الرسول قد خطبها، وضمن لها المهر، وقال: أمرنى بذلك، فزوّجت نفسها، ثم حضر الزوج، وصدّق الرسول فى الرسالة والأمر بالضمان، صحّ [النكاح، وصحّ الضمان إذا كان الرسول من أهل الضمان، وإذا أدّى الضمان رجع بذلك على الزوج، وإن كذّبه فى الأمر بالضمان، وصدّقه فى الرسالة، صحّ النكاح، وصحّ][1] الضمان فيما بين المرأة والرسول، لا فى حق المرسِل، حتى كان للمرأة أن ترجع على الرسول [بالصداق، ولا يرجع الرسول][2] على الزوج بما أدّى فى ذلك. وإن كذّبه فى الرسالة والأمر بالضمان، ولا بيِّنة له على ذلك، فالنكاح باطل، ولا مهر على الزوج، ولها أن تطالب الرسول بالمهر؛ لأنّ فى زعمها أنّ النكاح صحيح، وأنّ الضمان صحيح.

بعد هذا اختلف الروايات، ذكر فى كتاب نكاح "الأصل": وفى بعض روايات "كتاب الوكالة": أنّ المرأة تطالب الرسول بنصف الصّداق، وذكر فى بعض روايات "كتاب الوكالة" أنها تطالب الرسول بجميع المهر، فقيل: فى المسألة روايتان، وقيل: اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع، وهو الصحيح. وقد ذكرنا فى فصل الوكالة، وإن قال الرسول: لم يأمرنى فلان ولكنى أزوِّجه، وأضمن عنه المهر ففعل، ثم أجاز الزوج النكاح جاز عليه، ولزم الرسول الضمان، وإن أبى الزوج أن يجيز النكاح، لم يكن على الرسول شىء من الضمان؛ لأنّ أصل السبب قد انتفى بردّ الزوج النكاح، فيبقى حكمه وهو وجوب الصّداق، وبراءة الأصل حقيقة يوجب براءة الكفيل. وإذا عقد النكاح واحد، وهو ولىّ من الجانبين بولاية أصلية نحو الملك، أو القرابة، أو بولاية عارضة نحو الوكالة، صحّ العقد.

٣٧٠٢- بيان الأول: إذا زوّج بنت أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير، وليس لهما ولىّ أقرب منه، أو زوّج بنت عمه وهى صغيرة من نفسه، لا ولىّ لها منه أقرب، أو كانت بنت العم الكبيرة، وقال لها: إنى أريد أن أزوِّجك من نفسى، فسكتت وهى بِكر، فذهب وتزوّجها.

---

(١) أثبت من "ف" و "م" و "ظ".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

٣٧٠٣- بيان الثانى : إذا وكّله رجل أن يزوِّجه فلانة ، ووكّلته فلانة أن يزوِّجها من ذلك الرجل، أو وكّلت امرأة رجلا أن يزوِّجها من نفسه ، فتزوّجها .

٣٧٠٤- ولا يتوقف شطر العقد على ما وراء المجلس عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، خلافًا لأبى يوسف ، حتى لو أنّ فضوليّا لو قال : زوّجت فلانة من فلان ، وهما غائبان ، ولم يقبل عنها أحد ، أوقالت امرأة : زوّجت نفسى من فلان الغائب ، ولم يقبل منها أحد ، أو قال رجل : تزوّجت فلانة وهى غائبة ، ولم يجب عنها أحد ، فعلى قولهما : لا يقف هذا على إجازة الغائب ، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى : يقف ، وكذلك إذا كان فضوليّا من أحد الجانبين ، وكيلا من الجانب الآخر ، ففى توقف كلامه اختلاف .

٣٧٠٥- ولو قال فضولى : زوّجت فلانة من فلان ، وقبِل عن ذلك فضولىّ آخر ، أو قال رجل : تزوّجت فلانة ، فقال رجل فضولى : زوّجتها منكَ ، أو قالت امرأة : زوّجت نفسى من فلان ، فقال فضولى : قبِلت عنه ، ففى هذه المسألة يتوقّف العقد على الإجازة بالاتفاق ، هذا هو الكلام فى النكاح .

واتفق علماءنا رحمهم الله تعالى ، أنّ شطر العقد فى باب البيع لا يتوقف على ما وراء المجلس ، حتى إذا قال الرجل لقوم : اشهدوا أنّى قد بعت عبدى فلانًا من فلان ، فبلغ ذلك فلانًا فقال : قد اشتريته لم يجز بالاتفاق . قال محمد رحمه الله تعالى : ولو كتب إلى رجل : بِعنى عبدك بألف ، فقال : بعته ، كان جائزًا . قال شيخ الإسلام : وهذا لا يكاد يصحّ ؛ لأنّ الحاضر لو قال لغيره : بِعنى عبدك بكذا ، فقال : بِعت ، لا يتمّ البيع ما لم يقل : قبِلت ، فكذا إذا كتب فلا بدّ من زيادة شيء ، وذلك بأن يكتب قد اشتريت عبدك بكذا ، فبعه منّى ، فإذا قال الآخر : بعت ، فحينئذٍ يتم البيع بينهما ، كما لو كان حاضرا . وذكر شمس الأئمة السرخسى وجه تصحيح ما ذكر محمد رحمه الله تعالى ، أنّ قول الحاضر : بِعنى ، يكون استفهامًا عادة ، ومن الغائب إذا كتب يكون أحد شطرى العقد عادة ، فإذا انضمّ إليه الشطر الثانى يتم البيع - والله أعلم - .

الفصل الثالث عشر في أسباب حرّمت المصاهرة(١)

٣٧٠٦- فنقول: أسباب التحريم كثيرة، من جملة ذلك النسب، ومسائله معروفة. ومن جملة ذلك المصاهرة، قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": إذا وطئ الرجل امرأته بنكاح، أو ملك، أو فجور، حرم عليه أمها وابنتها، هو محرم لهما؛ لأنه لا يجوز نكاحها. وحرمت على آباءه وأبناءه، وكما تثبت هذه الحرمة [بالوطء، تثبت باللمس، والتقبيل، والنظر إلى الفرج بشهوة، سواء كان بنكاح، أو ملك، أو فجور عندنا إذا كان المحل مشتهاة، ولا تثبت هذه الحرمة](٢) بالنظر إلى سائر الأعضاء، وإن كان عن شهوة، وحدّ الشهوة أن ينتشر آلته بالنظر إلى الفرج أو اللمس، إذا لم يكن منتشراً قبل هذا، وإذا كان منتشراً، فإن كان يزداد قوة وشدة بالنظر واللمس، كان ذلك عن شهوة، وما لا فلا، وهذا إذا كان شابّا قادراً على الجماع، فإن كان شيخًا أو عنينًا، فحدّ الشهوة أن يتحرّك قلبه بالاشتهاء إن لم يكن يتحرّك قبل ذلك، ويزداد الاشتهاء إن كان متحرّكًا، فهذا هو حدّ الشهوة الذى حكاه القمى عن أصحابنا، وإليه مال الشيخ الإمام المعروف بـ"خواهر زاده"، وشمس الأئمة السرخسى، وكثير من المشايخ رحمهم الله تعالى لم يشترطوا الانتشار، وجعلوا حدّ الشهوة أن يميل قلبه إليها، ويشتهى جِماعها، وكان الفقيه محمد ابن مقاتل الرازى رحمه الله تعالى لا يعتبر تحرك [القلب، وإنما يعتبر تحرّك](٣) الآلة، وكان لا يفتى بثبوت الحرمة فى الشيخ الكبير، والعنين، والذى ماتت شهوته، حتى لم يتحرّك عضوه بالملامسة. وروى ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى: أنه إذا لمسها بشهوة، فلم ينتشر عضوه، أو كان منتشراً، فلم يزدد انتشاره حتى تركها، ثم ازداد انتشاره بعد ذلك، لا تثبت به الحرمة [وإنما تثبت الحرمة](٤) إذا انتشر بالمسّ، وهو بعد ما لامسها، أويزداد انتشاره وهو لامسها بعده.

---

(١) وفى "م": فى باب التحريم فى النكاح، وفى حاشية "ظ": فى باب بيان أسباب التحريم من المصاهرة والرضاع وغيرهما، في أسباب جرت المصاهرة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

(٤) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

جئنا إلى حدّ المشتهاة:

٣٧٠٧- حكى عن الشيخ الإمام الجليل أبى بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى: أنها إذا كانت بنت تسع سنين أو أكثر، فهى مشتهاة من غير فصل، وإن كانت بنت خمس سنين أو دونه لم تكن مشتهاة، وإن كانت بنت سبع سنين، أو ست سنين، أو ثمان سنين، ينتظر إن كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة، وما لا فلا. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى فى "أيمان الفتاوى": المشايخ شكوا فى الثمان، والسبع، والغالب أنها لا تشتهى ما لم تبلغ تسع سنين. قال الصدر الشهيد فى شرح "كتاب النفقات": وعليه الفتوى، وحكى عن الشيخ الإمام أبى بكر الزاهد: أنه كان يقول: ينبغى للمفتى أن يفتى فى السبع والثمان، أنها لا تحرم إلا إذا بالغ السائل أنها عبلة ضخمة جسيمة، فحينئذٍ يفتى بالحرمة. وفى "البقالى" عن محمد رحمه الله تعالى فى النظر فى بنت ثمان أو تسع: إذا كانت ضخمة سمينة أنه تثبت به الحرمة، وإن لم تكن بهذه الصفة، قال: ثنتى عشرة، وكذا قيل فى وطء الصبى إن كان تستحيى النساء من مثله به. وقيل: إن يطأ مثله ويشتهى، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا كانت الصغيرة بنت خمس ويشتهى[1] مثلها، فهى مشتهاة ولا توقيت فيه، رواه عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

٣٧٠٨- وإذا جامعها فلم يفتضها، فهى ممن يجامع مثلها، وإذا أفضاها لم تثبت به الحرمة خلافًا لأبى يوسف استحسانًا، وقال محمد رحمه الله تعالى: وربما أفضت التى يوطأ مثلها، وأطلق أبو يوسف رحمه الله تعالى فى رواية ابن سماعة فى بنت سبع وخمسة أشهر[2] وطئها فيما دون الفرج [بشهوة][3] وماتت، ولا يدرى هل كان يشتهى مثلها فى حسنها وجمالها؟ لم يحل له الأم.

٣٧٠٩- وفى "الفتاوى" سئل الفقيه أبو بكر عمّن قبّل امرأة ابنه، وهى بنت خمس سنين، أو ست سنين عن شهوة؟ قال: لا تحرم على ابنه؛ لأنها غير مشتهاة، وإن اشتهاها هذا فلا ينظر إلى ذلك، قيل له: فإن كبُرت حتى خرجت عن حدّ الاشتهاء، والمسألة بحالها؟ قال: تحرم؛ لأنّ الكبيرة دخلت تحت الحرمة، فلاتخرج وإن كبُرت، ولا كذلك الصغيرة.

---

(١) وفى "ف" و "م": وقيل: إن وطئ مثله ويشتهى.

(٢) هكذا فى الأصل و"ظ"، وفى التاتارخانية: "بنت سبع أو خمس". من غير ذكر شهر.

(٣) أثبت من "ف" و "ظ" و "م".

٣٧١٠- وسئل ابن سلمة رحمه الله تعالى عن امرأة أدخلت ذكر صبي في فرجها، والصبي ليس من أهل الجماع؟ قال: تثبت به حرمة المصاهرة.

٣٧١١- قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: وتثبت الحرمة بالتقبيل، والمسّ، والنظر إلى الفرج بشهوة في جميع النساء الربيبة، وغيرها في ذلك على السواء بخلاف العقد، ثم المس إنما يوجب حرمة المصاهرة إذا لم يكن بينهما ثوب، أما إذا كان بينهما ثوب، فإن كان [ثخينا][1] لا يجد حرارة الممسوس، لا تثبت حرمة المصاهرة وإن انتشرت آلته بذلك، وإن كان رقيقًا بحيث تصل حرارة الممسوس إلى يده، تثبت حرمة المصاهرة. وفي طلاق "المنتقى": الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا لمس الرجل شيئًا من جسد أم امرأته من فوق الثياب عن شهوة، فإن كان يجد من جسدها[2] حرارة حرمت عليه امرأته، وكذلك إذا مس رجلها فوق الخف، أو ساق الخف، أو أسفل الخف.

٣٧١٢- فيه أيضًا: المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قبّل الرجل المرأة وبينهما ثوب، فإن كان يجد برد الثنايا، أو برد الشفة، فهو تقبيل ولمس، ويعتبر في النظر النظر إلى داخل الفرج، وذلك إنما يكون إذا كانت متّكئة، أما إذا كانت قاعدة مستوية، أو قائمة لا تثبت حرمة المصاهرة. قال شيخ الإسلام خواهر زاده: وهو الصحيح، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى في رواية ابن سماعة: النظر إلى المدخل والراكب سواء، ويحرم بذلك أمّها إذا كان بشهوة. وروى إبراهيم[3] عن محمد رحمه الله تعالى: أنّ النظر إلى موضع الجماع من الدبر في حرمة المصاهرة نظير النظر إلى الفرج، ثم رجع، وقال: لا يحرم إلا النظر إلى الفرج من داخل.

٣٧١٣- وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنّ النظر إلى دُبر المرأة لا يوجب حرمة المصاهرة، وهكذا ذكر محمد في "الزيادات" في باب إتيان المرأة في غير الفرج، وإنما وقع الفرق [بين النظر إلى موضع الجماع من الدبر، وبين النظر إلى موضع الجماع من القُبل؛ لأنّ النظر إلى القُبل سبب يفضي إلى الوطء في القُبل الذي يحصل به الجزئية

---

(١) هكذا في "م"، وكان في الأصل و"ظ" و"ف": صفيقا.

(٢) وفي "م": يجد مس جسدها... إلخ.

(٣) وفي "م": ابن إبراهيم.

والبعضية، إذ السبب يقوم مقام المسبب خصوصًا][1] في باب الحرمات، فأما النظر إلى الدبر يفضي إلى الجماع في الدبر، وبه لا يحصل الجزئية والبعضية، ولا يثبت الحرمة.

٣٧١٤- والجماع في الدُّبر لا تثبت به حرمة المصاهرة، ذكره محمد رحمه الله تعالى في "الزيادات" في باب إتيان المرأة في غير الفرج، وبه أخذ مشايخنا رحمهم الله تعالى، وبعض مشايخنا قالوا: يوجب حرمة المصاهرة، وبه كان يفتي شمس الأئمة محمود الأوزجندي، ووجه ذلك: أنّ الجماع في الدبر[2] لا يخلو عن المسّ بشهوة، ومجرّد المس بشهوة تثبت به حرمة المصاهرة عندنا، فهذه الزيادة إن كانت لا توجب زيادة حرمة لا يوجب خلافها. وما ذكر محمد رحمه الله تعالى أصحّ؛ لأنّ اللمس بشهوة إنما يوجب حرمة المصاهرة، لكونه سببًا مفضيًا إلى الوطء في القُبل الذي يحصل به البعضية والجزئية، وبالإتيان في غير المأتى تبيّن أنّ ذلك اللمس لم يكن مفضيًا إلى الوطء الذي يحصل به الجزئية والبعضية، فلا تثبت به حرمة المصاهرة. ألا ترى أنّ من مسّ المرأة بشهوة وأمنى، لا تثبت حرمة المصاهرة [وكذا إذا نظر إلى فرج امرأة بشهوة وأمنى، لا تثبت به حرمة المصاهرة][3].

٣٧١٥- وإذا قبّلها ثم قال: لم يكن عن شهوة، ولمسها، أو نظر إلى فرجها، ثم قال: لم يكن بشهوة، فقد ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: أنّ في القبلة يفتي بثبوت الحرمة ما لم يتبيّن له أنه قبّل بغير شهوة، وفي المس والنظر إلى الفرج لا يفتي بالحرمة إلا إذا تبيّن أنه فعل بشهوة؛ لأنّ الأصل في التقبيل الشهوة، بخلاف المس والنظر، والدليل عليه أنّ محمدًا رحمه الله تعالى في أي موضع ذكر التقبيل لم يقيّده بشهوة، وفي أي موضع ذكر النظر والمسّ قيّدهما بالشهوة، وفي بيوع "العيون" بخلاف هذا.

٣٧١٦- قال: إذا اشترى جارية على أنه بالخيار، فقبّلها أو نظر إلى فرجها، ثم قال: لم يكن عن شهوة، وأراد ردّها، فالقول قوله، ولو كان مباشرة وقال: لم يكن عن شهوة لم يصدّق.

٣٧١٧- ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من فصّل في التقبيل بينما إذا كان على الفم، وبينما إذا كان على الجبهة والرأس، فقال: إذا كانت القُبلة على الفم يفتي بالحرمة،

---

(١) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

(٢) وفي "م": أن الجماع في ذلك المحل... إلخ.

(٣) أثبت من "ظ" و"م" و"ف".

ولا يصدّق أنه كان بغير شهوة. وإن كان على الرأس، أو على الذقن، أو على الخدّ، لايفتى بالحرمة إلا إذا ثبت أنه قبّل بشهوة، ويصدّق فى أنه لم يكن بشهوة، هكذا ذكر فى "مجموع النوازل".

٣٧١٨- وكان الشيخ الإمام ظهير الدين رحمه الله تعالى يفتى بالحرمة فى القُبلة على الفم، والخدّ، والذقن، والرأس وإن كان على المقنعة، وكان يقول: لا يصدّق فى أنه لم يكن بشهوة، وظاهر ما أطلق فى بيوع "العيون" يدلّ أنه يصدق فى القبلة، سواء كانت على الفم أو على موضع آخر. وفى "البقالى": ويصدّق إذا أنكر الشهوة يعنى فى المس، إلا أن يقوم آلته منتشرًا فيعانقها [قال ثمة: وكذا قال فى المجرّد، وانتشاره دليل الشهوة][1]، وهذا إشارة إلى أنّ فى المس لا يفتى بالحرمة ما لم يضمّ إليه دليل آخر يدلّ على الشهوة [وإذا أخذ ثديها وقال: كان ذلك][2] عن غير شهوة، ففيه كلام، وإذا ركبت على ظهره، وعبربها الماء، ثم قال: لم يكن عن شهوة صدق، وإذا أخذت المرأة ذكر ختنها فى الخصومة وشدته، وقالت: كانت عن غير شهوة صُدِقت.

٣٧١٩- فى "كراهية الحاوى": أنّ مس شعر المرأة لا يوجب حرمة المصاهرة، وفى "الأجناس": أنّ مس شعر رأس المرأة عن شهوة يوجب حرمة المصاهرة والرجعة، وأنكر القاضى الإمام على السغدى رحمه الله تعالى ما ذكر فى الأجناس، قال: لأنّ الرأس تحت الشعر، فيصير ماسّا شعرها لا بدنها، فهو بمنزلة ما لو مسّ يدها من وراء الكمّ.

٣٧٢٠- وتقبل الشهادة على الإقرار باللمس بشهوة [وعلى الإقرار بالتقبيل بشهوة][3]، وهل تقبل الشهادة على نفس اللمس والتقبيل عن شهوة؟ اختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى، قال بعضهم: لا يقبل، وإليه مال الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى؛ وهذا لأنّ الشهوة أمر باطن، لا يوقف عليها عادة. وقال بعضهم: يقبل، وإليه مال الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى، وهكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى فى نكاح الجامع؛ لأن الشهوة مما يوقف عليها فى الجملة، إما بتحرّك العضو من الذى يتحرّك عضوه، أو بآثار آخر ممن لا يتحرّك عضوه.

---

(١) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

(٢) هكذا فى "م" و"ف"، وكان فى الأصل: يدل على الشهوة منتشرًا. ذلك، لكن عن شهوة. . . إلخ.

(٣) أثبت من "ف" و"م" و"ظ".

٣٧٢١- ابن سماعة في "نوادره" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : رجل نظر إلى فرج ابنته من غير شهوة، فتمنى أن تكون له جارية، فوقعت له الشهوة مع وقوع نظره. قال : إن كانت [الشهوة منه على ابنته حرمت عليه امرأته، وإن كانت الشهوة][1] وقعت على ما تمنى لم يحرم؛ لأنّ النظر إلى فرج البنت حينئذٍ لا يكون عن شهوة.

٣٧٢٢- وفي "واقعات الناطفي" : إذا قصد أن يقيم امرأته على فراشه ليجامعها وهي نائمة، ومعها ابنتها المشتهاة، فوصل يده إلى البنت المشتهاة، فقرصها بإصبعه وظنّ أنها امرأته، إن كان وصل يده إلى البنت، وهو يشتهي لها، حرمت عليه امرأته، وإن كان يحسبها امرأته؛ لأنه مسّها بشهوة، وإن كان لا شهوة له في وقت ملامستها لا يحرم له؛ لأنه لم يوجد [مسها بشهوة][2]، وإن اختلفا فالقول قول الزوج؛ لأنه ينكر ثبوت الحرمة، والقول قول المنكر.

٣٧٢٣- في "فتاوى أبي الليث" : زوّج جدّة المرأة محرم لها، إن كان قد دخل بالجدّة، سواء كانت الجدّة من قِبل أبيها، أو من قِبل أمّها، وزوج بنت البنت محرم للجدّة، دخل بها أو لم يدخل؛ لأنّ البنت لا تحرم بنفس نكاح الأم، وكذا بنفس نكاح الجدّة، والأم تحرم بنفس نكاح البنت، فكذا يحرم بنفس نكاح بنت البنت. في "العيون" : نظر إلى فرج امرأة من خلف ستر، أو زجاجة يستبين من خلفها فرجها، وكان النظر بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها، بخلاف ما لو نظر في المرأة، والفرق : أنّ المرئيّ في المرأة عكس الفرج لا عين الفرج، ولاكذلك الذي من خلف الستر والزجاجة.

٣٧٢٤- أقرّ بحرمة المصاهرة يؤاخذ به، ويفرّق بينهما، وكذلك إذا أضاف ذلك إلى ما قبل النكاح، بأن قال لامرأته : كنت جامعت أمّكِ قبل نكاحك، ويؤخذ به ويفرّق بينهما، ولكن لا يصدّق في حق المهر، حتى يجب المسمى دون العقر، ولكن إن كان قبل الدخول بها يجب نصف المسمى، وإن كان بعد الدخول يجب كمال المسمى، والإصرار على هذا الإقرار ليس بشرط في القضاء، حتى لو أقرّ بجماع أمّ امرأته، أو مسها، ثم رجع عن ذلك، وقال : كذبت، فالقاضي لايصدّقه، ولكن فيما بينه وبين الله تعالى إن كان كاذبًا فيما أقرّ، لا تحرم عليه امرأته وإن نزع من ساعته، هكذا قيل.

---

(١) أثبت من "ف" و "م" و "ظ".

(٢) هكذا في "ظ" و "ف"، وكان في الأصل : منها الشهوة.

٣٧٢٥- وفيه نظر ، فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في "كتاب النكاح" : إذا قال الرجل لامرأة : هذه أمي من الرضاعة ، أو أختي من الرضاعة ، ثم أراد أن يتزوجها بعد ذلك ، وقال : أوهمت ، أو أخطأت ، فله أن يزوِّجها استحسانًا ، وإن ثبت على قوله الأول ، وقال : هو كما قلت ، ثم تزوّجها فرّق بينهما ، ولا مهر لها عليه إن لم يدخل بها استحسانًا . ولو تزوّج امرأة ، ثم قال : هي أختي ، ثم قال : أوهمت ، فالنكاح باقٍ ، ولو أقرّت المرأة بذلك ، وأنكر الزوج ، ثم أكذبت نفسها ، جاز النكاح [والدوام على المسّ ليس بشرط لثبوت الحرمة ، حتى قيل : إذا مدّ يده إلى امرأة بشهوة ، فوقعت على أنف ابنتها وازدادت شهوته ، حرمت عليه امرأته وإن نزع من ساعته][1] .

٣٧٢٦- في نكاح "المنتقى" : في باب ما يبطل المهر بفعل أحد الزوجين : إذا قبّل امرأة أبيه بشهوة ، أو قبّل الأب امرأة ابنه بشهوة وهي مكرهة ، وأنكر الزوج أن يكون ذلك عن شهوة ، فالقول قول الزوج ؛ لأنه ينكر بطلان ملكه ، وإن صدّقه الزوج أنه كان عن شهوة وقعت الفرقة ، ويجب المهر على الزوج ، ويرجع الزوج بذلك على الذي فعل ، إن تعمّد الفاعل [الفساد ، وإن لم يتعمّد لا يرجع . وفي الوطء لا يرجع وإن تعمّد][2] بالوطء الفساد ؛ لأنه وجب الحد بالوطء ، والمال مع الحد لا يجتمعان . قال : ولو كان جامعها بشهوة وهي مكرهة ، وتبيّن وجه الشبهة بأن قال : زوّجها أبوها منه بغير أمرها ، فلا حدّ عليه ، ويرجع الأب عليه بنصف المهر في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : [عليه الحدّ ، ولها على الأب نصف المهر ، ولا يرجع به على الابن من قبل الحد الذي لزمه . قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : و][3] لا أحفظه عن أبي حنيفة ، وينبغي في قياس قوله أن لا يرجع الأب عليه بذلك من قبل المهر الذي وجب عليه بالدخول ، بناء على شبهة النكاح ، فلا يجب مهر آخر [في هذا الباب أيضًا][4] .

٣٧٢٧- وفيه أيضًا : رجل تزوّج بأمَة رجل ، ثم إنّ الأمة قبّلت ابن زوجها قبل الدخول بها ، وادّعى الزوج أنها قبّلته بشهوة [وكذّبه المولى ، فإنها تبين من زوجها بإقرار الزوج أنها قبّلته

---

(١) أثبت من "ظ" و "ف" و "م" .

(٢) أثبت من "م" و "ظ" و "ف" .

(٣) أثبت من "ظ" و "ف" و "م" .

(٤) أثبت من "ف" .

بشهوة][١]، ويلزمه نصف المهر لتكذيب المولى إياه أنها قبّلته بشهوة، ولا يقبل قول الأمَة فى ذلك لو قالت: قبّلته بشهوة. قيل لرجل: ما فعلت بأمّ امرأتكَ؟ قال: جامعتها، قال: تثبت حرمة المصاهرة، وقيل: إن كان السائل والمسؤول هازلان، قال: لا يتفاوت، ولا يصدّق أنه كذب. فى أيمان "مجموع النوازل": والشهوة من أحد الجانبين فى فصل المس يكفى لثبوت هذه الحرمة.

نوع آخر فى الرضاع:

٣٧٢٨- فالرضاع فى إيجاب الحرمة كالنسب والصهرية، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». والمعنى فى ذلك، أنّ الماء أصل فى التكوين، واللبن أصل فى النماء والزيادة، فجرى الماء[٢] من أصل التكوين مجرى الوصف من الأصل، ومجرى الحق من الحقيقة [والحرمات مما يحتاط فى إثباتها، فالحق الحق بالحقيقة][٣] والوصف بالأصل. قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: وما يتعلق به التحريم فى النسب يتعلّق به فى الرضاع، إلا فى مسألتين: إحداهما: أنه لا يجوز للرجل أن يتزوّج أخت ابنه من النسب، ويجوز فى الرضاع، وإنما كان كذلك؛ لأنّ أخت ابنه من النسب إن كانت منه فهذه بنته، وإن لم تكن منه فهى ربيبته، وإنما حرمت لهذا المعنى، وهذا المعنى لا يتأتى فى الرضاع، حتى إنّ فى النسب لو لم يوجد أحد هذين المعنيين، بأن كانت جارية بين شريكين جاءت بولد، فادّعياه حتى ثبت النسب منهما، ولكل واحد منهما بنت من امرأة أخرى، جاز لكل واحد من الموليين أن يتزوّج بابنة شريكه، وإن حصل كل واحد من الموليين متزوّجا أخت ابنته من النسب.

٣٧٢٩- المسألة الثانية: لا يجوز للرجل أن يتزوّج أم أخته من النسب، ويجوز فى الرضاع، وإنما كان كذلك؛ لأنّ فى النسب إن كانا أخوين لأم، فأمّ الأخ أمّه، وإن كانا أخوين لأب، فأمّ الأخ امرأة أبيه، وهذا معدوم فى الرضاع، وإنما يفارق الرضاع النسب فى هاتين المسألتين، أما فى ما عدا هاتين المسألتين، فحكم الرضاع وحكم النسب سواء، والتحريم

---

(١) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

(٢) وفى "ف": فجرى النشوء.

(٣) أثبت من "ظ".

بالرضاع كما يثبت من جانب المرأة [يثبت من جانب الرجل][١]، وهو الزوج الذى نزل لبنها بوطءه، وتسميه الفقهاء لبن الفحل.

وبيانه : أنّ المرأة إذا أرضَعت بلبن حدثَ من حمل رجل، فذلك الرجل أب الرضيع، لايحل لذلك الرجل نكاحها إن كانت أنثى، وكذلك إذا كان للرجل امرأتان وحملتا منه، فأرضعت كل واحدة منهما صغيرًا، فقد صار أخوين لأب، وإن كانت إحداهما أنثى لا يحل النكاح بينهما، وإن كانتا اثنتين لا يحل الجمع بينهما؛ لأنهما أختان لأب واحد. وإن كانت لرجل امرأة واحدة، فحملت منه فأرضعت صبيين، صارا أخوين لأب وأم، وأخوات الزوج عمّات المرضع، لايحل له مناكحتهنّ، ويجوز له مناكحة أولادهنّ، وأم الزوج جدّة الرضيع تحرم عليه، ولا يحل لهذا الرضيع [أن يتزوّج][٢] امرأة وطئها الزوج، ولا للزوج [أن يتزوّج][٣] امرأة وطئها الرضيع، فهذا هو تفسير لبن الفحل.

والدليل على ثبوت هذه الحرمة من جانب الرجل، قوله عليه الصلاة والسلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[٤]، وقال عليه الصلاة والسلام[٥]: «إنّ الرضاع يحرم ما يحرم [الولادة[٦]»]، وسألت عائشة رضى الله تعالى عنها وقالت: يا رسول الله! إنّ أفلح بن أبى قعيس[٧] يدخل عليّ وأنا فى ثياب [فضل][٨]؟ فقال عليه الصلاة والسلام والتحية: «ليَلج [عليك أفلح][٩] فإنه عمك من الرضاعة»، فقالت عائشة: إنما أرضعتنى المرأة لا الرجل، فقال عليه الصلاة والسلام: «إنه عمك فليلج عليكِ»[١٠]، والعم من الرضاعة لا يكون إلا من

---

(١) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

(٢) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

(٣) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

(٤) كما فى رواية البخارى: ٢٤٥١، ومسلم: ٢٦٢١، والنسائى: ٣٢٤٩، وابن ماجة: ١٩٢٧.

(٥) أخرجه البخارى: ٤٨٣٨، والنسائى: ٣٢٥١، وأبو داود: ١٧٥٩.

(٦) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: الرمادة.

(٧) وفى "م": أبى نغيس.

(٨) أثبت من "م".

(٩) ما بين القوسين ساقط من الأصل، وما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(١٠) كما فى رواية البخارى: ٤٤٢٢ و٤٨٣٨، ومسلم: ٢٦٢١، والترمذى: ١٠٦٧، والنسائى: ٣٢٦٣،

لبن فحل. وفى النكاح للحسن بن زياد: امرأة ولدت [من زوج][1] وأرضعت ولدها، ثم يبس لبنها، ثم درّ لها لبن بعد ذلك فأرضعت صبيّا، إنّ لهذا الصبى أن يتزوّج بابنة هذا الرجل من غير هذه المرأة، قال: وليس هذا بلبن الفحل، وكذلك إذا تزوّج امرأة ولم تلد منه قط، ثم نزل بها اللبن، فإنّ هذا اللبن من هذه المرأة دون زوجها، حتى لو أرضعت صبيّة [بهذا اللبن][2] لاتحرم على ولد هذا الرجل من غير هذه المرأة.

٣٧٣٠- ولو زنى بامرأة فولدت منه، فأرضعت بهذا اللبن صبية، لا يجوز لهذا الزانى أن يتزوّج بهذه الصبية، ولا لابنه، ولا لآباءه، ولا لأبناء أولاده؛ لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزانى، فلما لم يجز للزانى أن يتزوّجها، فكذا لا يجوز لهؤلاء.

٣٧٣١- والرضاع الموجب للتحريم ما كان فى حالة الصغر دون الكبر، قال عليه الصلاة والسلام: «الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم»[3]، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا رضاع بعد الفصال»[4]، ولأنّ حرمة الرضاع[5] من حيث إنه سبب للنشوء والزيادة، وذلك فى حالة الصغر [لأنّ الصغير لا][6] يربى بغيره، بخلاف الكبيرة، وقليل الرضاع وكثيره سواء فى إثبات الحرمة؛ لأنّ المنصوص عليه فعل الإرضاع دون العدد[7]، قال الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ﴾[8].

٣٧٣٢- ولمدة الرضاع ثلاثة أوقات: أدنى، وأوسط، وأقصى، فالأدنى حول ونصف، والأوسط حولان، والأقصى حولان ونصف، حتى لو نقص عن الحولين لا يكون شططا، ولو

وأبى داود: ١٧٦١، وابن ماجة: ١٩٣٨.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) أخرجه أبو داود: ١٧٦٣، وأحمد فى "مسنده": ٣٩٠٥.

(٤) أخرجه الزيلعى فى "نصب الراية" (٣: ٢٨٩) فى كتاب الرضاع، وقال: روى من حديث على، ومن حديث جابر، حديث على رواه الطبرانى فى "معجمه الصغير"، وحديث جابر أخرجه أبو داود الطيالسى فى "مسنده".

(٥) وفى "ف" و"م": لأن الحرمة بالرضاع.

(٦) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

(٧) وفى "ف": دون التعدد، وفى "م": دون العدة.

(٨) النساء: ٢٣.

زاد على الحولين لا يكون تعديًا، والوسط هو حولان، فلو كان الولد يستغنى عنها دون الحولين ففطمته فى حول ونصف يحل، ولا يأثم بالإجماع، ولو لم يستغن عنها بحولين، فلها أن ترضعه بعد ذلك، ولا تأثم عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى خلافًا لخلف بن أيوب، وإنما الكلام فى ثبوت الحرمة بالرضاع، وفى استحقاق الأجر.

٣٧٣٣- فأما الكلام فى ثبوت الحرمة، فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يثبت حكم الحرمة[1] فى الصغير إلى ثلاثين شهرًا، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إلى سنتين، حجّتهما قوله تعالى: [﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[2]، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا رضاع بعد الحولين»[3]، ولأبى حنيفة قوله تعالى:][4] ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾[5]، اعتبر التراضى والتشاور فى الفصال بعد الحولين، و [رفع][6] الجناح عن الفصال بعد الحولين، والتراضى، والتشاور، فهذا دليل على أنّ ما بعد الحولين مدّة الرضاع، ولأنّ حكم الرضاع يتعلّق باللبن فى حق الصغير؛ لأنه سبب للنشوء والزيادة، وهو الغذاء الأصلى فى حقه، والغذاء لايتغيّر إلا بعد زمان، فلا بدّ من اعتبار مدّة بعد ذلك حتى يتغيّر به الغذاء، فقدّر أبو حنيفة رحمه الله تعالى تلك المدة بستة أشهر؛ لأنها مدة تغيّر الغذاء، وأنّ الولد يبقى فى البطن ستة أشهر، ويتغذى بغذاء الأم ثم ينفصل، ويصير أصلا فى الغذاء، وإنما قدّر المدة بستة أشهر لهذا.

٣٧٣٤- وأما الكلام فى استحقاق الأجر، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى: هو على هذا الخلاف، حتى إنّ المطلقة تستحق أجرة الرضاع على الأب إلى تمام حولين ونصف عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما تستحق إلى تمام حولين، ولاتستحق فيما وراء الحولين، وكثير من المشايخ رحمهم الله تعالى قالوا: إنّ مدة الرضاع فى

---

(١) وفى "ظ" و "م": حكم الرضاعة.

(٢) البقرة: ٢٣٣.

(٣) أخرجه فى "نصب الراية"، وقال: أخرجه الدارقطنى فى "سننه" فى الرضاع ص٤٩٨، والبيهقى: ص٤٦٢ ج٧، وقال الزيلعى: رواه عبد الرزاق فى "مصنفه"، كذا ابن أبى شيبة.

(٤) أثبت من "ف" و "ظ" و "م".

(٥) نفس الآية.

(٦) هكذا فى "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ": وضع.

حق استحقاق الأجر على الأب مقدّرة بحولين عند الكل، حتى لا تستحق المطلّقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالإجماع، وتستحق في الحولين بالإجماع، ولو فطم الرضيع في مدة الرضاع، ثم سقي بعد ذلك في المدة، فهو رضاع على قول من يرى الرضاع في تلك المدة؛ لوجود الإرضاع في المدة، وهو الظاهر من المذهب، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى : أنه قال : هذا إذا لم يتعوّد الصبي الطعام، حتى لا يكتفي به بعد الفطام، فأما إذا صار بحيث يكتفي بالطعام لا تثبت الحرمة بعد ذلك؛ لأنه إذا صار بحيث يكتفي بالطعام، فاللبن [يفسده بعد ذلك][1] فلا تغذيةَ، ولا يحصل به النشوء، وهو المعنى المعوّل عليه في إثبات حرمة الرضاع.

٣٧٣٥- في "البقالي" : إذا فطم في الحولين، واستغنى بالطعام، فأرضع بعد ذلك، فعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى : روايتان، والبِكر إذا نزل لها لبن، تعلّق به من الحرمة ما تعلّق بلبن الثيِّب، قال في "الأجناس" : وفائدته، لو تزوّجت بزوج، وطلّقها قبل أن يدخل بها، له أن يتزوّج بهذه الصبية [ولو دخل بها والمسألة بحالها، لا يجوز له أن يتزوّج بهذه الصبيّة][2]؛ لأنها ربيبة المدخولة، ولبن الحية والميتة سواء في التحريم، لاستواءهما في المعنى الموجب للحرمة، وهو حصول النشوية، وتثبت حرمة الرضاع بالسعوط والوجور [لأنه مما يتغذّى الصبي، فالسعوط يصل إلى الدماغ، فيتقوى به والوجور][3] يصل إلى الجوف، فيحصل به النشوء. والإقطار في الأذن لا يثبت به الحرمة؛ لأنّ الظاهر أنه لا يصل إلى الدماغ لضيق ذلك الثقب، وكذلك الإقطار في الإحليل؛ لأنّ أكثر ما فيه أنه يصل إلى المثانة، ولايتغذى به الصبي عادة، وكذلك الحقنة في ظاهر الرواية لا توجب الحرمة.

٣٧٣٦- وإذا صنع لبن المرأة في طعام فأكله صبي، فإن كان النار قد مسّته، وأنضجت الطعام حتى تغيّر، لا تثبت الحرمة سواء كان اللبن غالبًا أو مغلوبًا، وإن كان لم تمسّه النار، فإن كان الطعام هو الغالب لا تثبت به الحرمة، وإن كان اللبن هو الغالب، فعلى قولهما تثبت الحرمة اعتباراً للغالب، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تثبت الحرمة، وشرط القدوري على قول أبي حنيفة : أن يكون الطعام مستبينًا، معناه : أن يكون بمنزلة الثريد؛ وهذا

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

(٣) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

[لأنّ الطعام][1] إذا كان مستبينًا فهو الأصل، واللبن وإن كان غالبًا، فهو كالتبع للطعام عما هو المقصود، فإن المرقة قد تغلب الثريد، وقيل: إنما لا تثبت الحرمة على قول أبي حنيفة إذا كان لا يتقاطر اللبن عند حمل اللقمة، أما إذا كان يتقاطر تثبت به الحرمة. وقيل: لا تثبت الحرمة عند أبي حنيفة على كل حال، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، وذكر شيخ الإسلام خواهرزاده: أنّ على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إنما لا تثبت الحرمة إذا أكل لقمة لقمة، أما إذا حسى حسوا تثبت الحرمة، وقيل: إذا وصل[2] اللبن منفردا فلا اختلاف، وإذا تناول الثريد ففيه خلاف.

٣٧٣٧- وفي "كتاب الرضاع" للخصّاف: إذا ثردت له خبزا في لبنها، حتى نشّف الخبز ذلك اللبن، أو لتّ به سويقًا أو شيئًا، ثم أطعمته إيّاه، إن كان طعم اللبن يوجد فهو رضاع، وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، هكذا ذكر صاحب الأجناس، ولو خلط لبن المرأة بالماء، أو بالدواء، أو بلبن البهيمة، فالعبرة للغالب. وفي "المنتقى": فسّر الغلبة في رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: فقال: إذا جعل في لبن المرأة دواء، فغيّر اللون ولم يغيّر الطعم، أو على العكس، فأوجر به صبيّا حرم، وإن غيّر اللون والطعم، فلم يوجد طعم اللبن، وذهب لونه لا يحرم. وفسّر الغلبة في رواية ابن الوليد عن محمد رحمه الله تعالى، فقال: إذا لم يغيّره الدواء من أن يكون لبنًا، تثبت به الحرمة، وإن خلط بلبن امرأة أخرى، فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يعتبر الغالب، وعند محمد تثبت الحرمة منهما، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

٣٧٣٨- وإذا طلّق الرجل امرأته ولها منه لبن[3]، فتزوّجت بزوج آخر بعد ما انقضت عدّتها، ووطئها الثاني، أجمعوا أنها إذا ولدت من الثاني فاللبن من الثاني، وينقطع من الأول. وأجمعوا على أنها إذا لم تحبل من الثاني، فاللبن من الأول [فأما إذا حبلت من الثاني، ولكن لم تلد منه، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: اللبن يكون من الأول][4]، حتى تلد من الثاني. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن علم أنّ اللبن من الثاني بأمارة أو علامة، فهو من الثاني،

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: وهذا إذا كان الطعام مستبينا.

(٢) وفي "م": أكل.

(٣) وفي "م": ولها من ولد ما كان ولد منه لبن... إلخ.

(٤) أثبت من "م" و"ف".

وإن علم أنه من الأول فهو من الأول، وإن لم يعلم أنه من الأول أو من الثانى فهو من الأول. وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب أنّ على قول أبى يوسف اللبن من الثانى على كل حال. وروى الحسن بن زياد عن أبى يوسف: أنّ اللبن من الأول كما هو قول أبى حنيفة، وقال محمد: اللبن منهما.

نوع آخر:

٣٧٣٩- ولا فرق فى التحريم بين الرضاع الطارئ والمتقدّم، بيانه: إذا تزوّج رضيعة، فأرضعتها أمّه حرمت عليه؛ لأنها صارت أختًا له، وهذا لأنّ المحرمية إنما تمنع النكاح لعلّة المنافاة، فإنّ بين الحلّ والحرمة تنافى، والمنافى كما يؤثّر إذا اقترن بالسبب يؤثّر إذا طرأ عليه، وكذلك إذا تزوّج رضيعتين، فأرضعتهما امرأة معًا، أو واحدة بعد أخرى، حرمتا عليه؛ لأنهما صارتا أختين من الرضاعة، ويجب لهما نصف الصّداق؛ لأنّ الفرقة تثبت بفعل غيرهما، لأنّ الأختية إنما تثبت بينهما بواسطة الأمومة، والأمومة حصلت بفعل الكبيرة، والإضافة إلى فعلهما أولى من الإضافة إلى فعل الصغيرة؛ لأنّ اختيارها معتبر، واختيار الصغيرة ساقط الاعتبار شرعًا، ويرجع الزوج على المرضعة بذلك إن تعمّدت الفساد، وتفسيره: القصد مع العلم بالحكم، وإن أخطأت، أو أرادت الخير بأن خافت على الرضيع الهلاك من الجوع لايرجع عليها، وهذا لأنّ المرضعة مسببة إلى الفرقة، وليست بمباشرة، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعدّيًا فى تسبيبه، فإذا تعمّدت الفساد فهى متعدّية، وإذا أخطأت، أو أرادت الخير، فليست بمتعدّية، وتصدُق المرضعة أنها لم تتعمد الفساد إذا لم يظهر خلافه [فى "البقالى"][1]: عن محمد رحمه الله تعالى: أنه يرجع عليها بكل حال؛ لأنّ من أصله أنّ المسبب كالمباشر، أصله مسألة فتح باب القفص، والإصطبل، وأشباه ذلك.

٣٧٤٠- وفى "العيون": رجل تزوّج رضيعتين، فجاءت امرأتان لهما منه لبن، وأرضعت كل واحدة منهما إحدى الصبيّتين معًا وتعمّدتا الفساد، فأجاب أنه لا ضمان على واحدة منهما؛ لأنّ كل واحدة منهما غير مفسدة بصنعها وبنفسها خاصة، هكذا وضع المسألة فى "العيون"، وفى "المنتقى": وضع المسألة فيما إذا جاءت امرأتان لرجل أجنبى، لهما من ذلك الرجل الأجنبى لبن، أرضعت كل واحد منهما إحدى الصبيتين معًا وتعمدت الفساد،

---

(١) هكذا فى "ف" و"م".

فأجاب أنه لا ضمان على واحدة منهما؛ لأن كل واحد منهما غير مفسدة بنفسها، وبصنعها خاصّة. قال: وهو بمنزلة مريض، قال لامرأتين له: إن دخلتما هذه الدار فأنتما طالقان [أو قال لهما: أنتما طالقان][1] إن شئتما، فشاءتا معًا. وما ذكر في "العيون" وقع سهوًا، لأنّ الفساد في تلك الصورة لعلة البنتيّة؛ لأنّ الرضيعة تصير بنتًا للزوج، وبإرضاع كل واحدة من الكبيرتين صارت الصغيرة التي أرضعتها هذه الكبيرة بنتًا للزوج، من غير أن يتوقف ذلك على إرضاع الكبيرة الأخرى، فصار كل واحدة من الكبيرتين مفسدة نكاح الصغيرة التي أرضعتها بصنعها خاصة، أما موضع "المنتقى" فصحيح؛ لأنّ الفساد في تلك الصورة لعلة الأختيّة، والأختيّة إنما تثبت بصنعهما، فلم تصر كل واحدة منهما مفسدة بصنعهما خاصة.

٣٧٤١- وفي "المنتقى": رجل تحته كبيرة ورضيعة، جاء رجل فأخذ بشيء من لبن الكبيرة، وأوجر الصغيرة بانتا؛ لأنهما صارتا أمّا وبنتًا [وللصغيرة][2] نصف المهر، وكذا الكبيرة وإن لم يكن الزوج دخل بها، ويرجع الزوج بذلك على ذلك الرجل إن تعمّد الفساد. وفي "العيون": ولو كان تحته كبيرة مجنونة، أو معتوهة، وصغيرة، أرضعت الكبيرة الصغيرة حتى بانتا، لا رجوع للزوج على الكبيرة؛ لأنّ فعل المجنونة والمعتوهة لا يوصف بالجناية. وفي "المنتقى": إذا كان تحت رجل صغيرتان جاءتا إلى امرأة نائمة، وشربتا منها لبنًا بانتا، ولكل واحدة منهما نصف الصّداق، ولا يرجع الزوج على النائمة. وفي "الأصل": إذا تزوّج الرجل صبيّة، ثم تزوّج عمّتها، وفرّق بينه وبين العمّة، لا تحرم الصغيرة، فإن جاءت أم العمّة وأرضعت الصغيرة، لا تفسد نكاح الصغيرة، وإن تثبت الأختية بينها وبين نكاح العمّة[3]، كان نكاح العمة وقع باطلا، فلم يتحقق الجمع المحرّم.

٣٧٤٢- وفي "المنتقى": إذا تزوّج امرأة نكاحًا فاسدًا، ووطئها وفرّق بينهما، ثم تزوّج صبيّة رضيعة، فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة، فسد نكاح الصغيرة، يريد به إذا كان الإرضاع بعد انقضاء عدّة الكبيرة [بدليل أنه علّل، فعلّل من قبل أنها صارت أخت الكبيرة، والكبيرة أخت الصغيرة العدة، فعلى هذا إذا كان الإرضاع بعد انقضاء عدّة الكبيرة][4] لا تحرم الصغيرة.

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) هكذا في "ف" و"م"، وكان في الأصل و"ظ": وللمرضعة.

(٣) وفي "ف": تثبت الأختية بينها، وبين العمة إلا أن نكاح العمة وقع باطلا.

(٤) أثبت من "م".

٣٧٤٣- تزوّج الرجل ثلاث صبيّات، فجاءت امرأة وأرضعتهنّ معًا، بأن جعلت لبنها في قارورة، وألقمت إحدى ثدييها في فم إحداهنّ، والأخرى في فم الأخرى، وأوجرت الثالثة معًا حرمن[1] جميعًا؛ لأنهنّ صِرن أخوات، وإن أرضعتهنّ واحدة بعد أخرى بانت الأوليان، والثالثة [امرأته][2]؛ لأنها لما أرضعت الثانية ثبت الأختية بين الأولى والثانية، فتقع الفرقة بينه وبينهما، فإذا أرضعت الثالثة [صارت الثالثة][3] أختًا لهما، إلا أنه لم يبق الجمع لفساد نكاحهما للجمعية قبل إرضاعها، ولا يفسد نكاح الثالثة لهذا، ولو أرضعت الأولى، ثم أرضعت الثنتين معًا، حرمن عليه؛ لأنّ إرضاع الأولى لم يتعلّق به التحريم، فإذا أرضعت الثنتين صِرن أخوات، وقد تحقّق الجمع فيهنّ فحرمن. ولو كنّ أربع صبيّات، فأرضعتهنّ واحدة بعد أخرى حرمن عليه، وطريقه: أنّ بإرضاع الثانية حرمت الأولى والثانية، وبإرضاع الرابعة حرمت الرابعة والثالثة، وكذلك لو أرضعت واحدة، ثم أرضعت الثلاث منهنّ معًا حرمن عليه. ولو أرضعت الثلاثة منهنّ معًا [ثم أرضعت][4] الرابعة لا تحرم الرابعة.

٣٧٤٤- ولو تزوّج كبيرة وصغيرة، وأرضعت الكبيرة الصغيرة بانتا، ولا مهر للكبيرة إن كان قبل الدخول بها، وللصغيرة نصف المهر، وله أن يتزوّج بالصغيرة إن لم يكن دخل بالكبيرة، ولا يتزوّج الكبيرة؛ لأنّ الصغيرة ابنته من الرضاع، ولم يدخل بأمها، والكبيرة أمّ امرأته، ولو تزوّج كبيرة وصغيرتين، فأرضعتهما الكبيرة واحدة بعد أخرى، فإن لم يكن دخل بالكبيرة حرمت الكبيرة والصغيرة الأولى؛ لأنها حين أرضعتهما فقد صارتا أمًّا وبنتًا، فوقعت الفرقة بينهما، فحين أرضعت الثانية فليست الكبيرة في نكاحه، فبقي نكاحها؛ لأنّ السابق مجرّد العقد على الأم، ولا يحل له هذه الكبيرة أبدًا، ويحلّ له الصغيرة، إذا فارق التي عنده، وإن كان ذلك بعد ما دخل بالكبيرة حرمن عليه جميعًا؛ لأنهما صارتا ابنتها[5] من الرضاعة، ولا يحلّ له واحدة منهنّ أبدًا؛ لوجود الدخول بالأم، وصحة العقد بالبنت.

٣٧٤٥- ولو تزوّج كبيرة وثلاث صبيّات، فأرضعتهنّ واحدة بعد أخرى حرمن عليه،

---

(١) لعله هو الصحيح، وكان في الأصل: بنّ.

(٢) أثبت من النسخ الموجودة عندنا.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) أثبت من "م" و "ظ".

(٥) وفي "ف" و "م": ابنتهما.

دخل بالكبيرة أو لم يدخل، أما حرمة الكبيرة والصغيرة الأولى؛ لأنهما صارتا أمًّا وبنتًا، وأما حرمة الصغيرة الثانية والثالثة إن لم يدخل بالكبيرة، فلثبوت الأختيّة بينهما وإن دخل بالكبيرة؛ لأنّ كل واحدة منهما ربيبته، وقد دخل بالأم.

٣٧٤٦- ولو تزوج كبيرتين وصغيرتين، ولم يدخل بالكبيرتين بعد حتى عمت الكبيرتان إلى إحدى الصغيرتين، وهى زينب، فارضعتاها إحداهما بعد الأخرى، ثم أرضعتا الصغيرة الثانية، وهى عمرة، إحداهما بعد الأخرى، بانت الكبيرتان والصغيرة الأولى، وهى زينب، والصغيرة الثانية وهى عمرة امرأته؛ لأن إحدى الكبيرتين حين أرضعت زينب بانتا؛ لأنهما صارتا أمّا وبنتًا، فحين أرضعت الكبيرة الأخرى زينب صارت أم امرأته، فحرمت أيضًا، فإذا أرضعت عمرة صارت عمرة ربيبة ولم يدخل بأمها، فلا تحرم.

٣٧٤٧- ولو أن إحدى الكبيرتين أرضعت الصغيرتين واحدة بعد أخرى [ثم أرضعت الكبيرة الأخرى الصغيرتين واحدة بعد أخرى][1] فإن كانت الكبيرة الثانية بدأت بالتى بدأت بها الكبيرة الأولى وهى زينب، بانت الكبيرتان والصغيرة الأولى وهى زينب والصغيرة الأخرى وهى عمرة امرأته، ولو بدأت الكبيرة الثانية بالصغيرة الأخرى حرمن عليه جملة. ولو كانت تحته كبيرة وصغيرة، فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة بانتا؛ لأنهما صارتا أختين، وكذلك لو أرضعتهما أخت الكبيرة؛ لأن الصغيرة صارت بنت أخت الكبيرة، والجمع بين المرأة وبنت أختها لايجوز، ولو أرضعتهما عمة الكبيرة أو خالتها لم تبن واحدة منهما؛ لأن الجمع بين المرأة وبنت عمتها وابنة خالتها جائز، وإذا كان تحت الرجل كبيرة وصغيرة فطلق الكبيرة، ثم [إن أخت الكبيرة][2] أرضعت الصغيرة والكبيرة فى العدة بعد بانت الصغيرة؛ لأن حرمة الجمع فى حالة العدة كحرمتها حال قيام النكاح.

٣٧٤٨- ولو زوج رجل ابنه الصغير امرأة لها لبن، فارتدت وبانت من الصبى، ثم اسلمت، وتزوجها رجل فحبلت منه، فأرضعت بلبنها ذلك الصبى الذى كان زوجها، حرمت على زوجها الثانى؛ لأن الصبى صار ابنًا لزوجها، فكانت هذه امرأة الابن، فحرمت عليه. ولو كان زوج الرجل أم ولده مملوكا له وهو صغير، فأرضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها؛ لأن المملوك صار ابنًا لمولاه، فحرمت على المولى؛ لأنها امرأة ابنه، وحرمت على

---

(١) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

(٢) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

الزوج؛ لأنها موطوءة أبيه. ولو تزوج صغيرة وطلقها، ثم تزوجت كبيرة، فأرضعت هذه الكبيرة تلك الصغيرة بلبنه، أولبن غيره، حرمت عليه؛ لأنها أم امرأته.

نوع آخر:

٣٧٤٩- ولا يقبل فى الرضاع إلا شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين عدول، هكذا روى عن على وابن عباس رضى الله تعالى عنهما، والمعنى أن ثبوت الحرمة لاتقبل الفصل عن زوال الملك فى باب النكاح، وإبطال الملك عن المحل لا يثبت إلا بشهادة شاهدين، وهذا بخلاف ما إذا اشترى لحمًا، فأخبره مسلم أنه ذبيحة مجوسى، فإنه يحرم تناوله؛ لأن حرمة التناول يقبل الفصل عن زوال الملك، فكان هذا من باب الدين، فيقبل قول الواحد فيه، وإن كان المخبر واحدًا، ووقع فى قلبه أنه صادق، والأولى أن يتنزه، ويأخذ بالثقة، وجد الإخبار قبل العقد أو بعده، ولا يجب عليه ذلك، وإذا شهد عليه بذلك رجلان، أو رجل وامرأتان، وهم عدول، لم يسع لكل واحد منهما المقام مع صاحبه؛ لأن الحجة قد تمت.

٣٧٥٠- صبية أرضعتها بعض أهل القرية، ولا يدرى من أرضعها من النساء، فزوجها رجل من أهل تلك القرية، فهو فى سعة من المقام معها فى الحكم؛ لأنه لم يظهر المانع، فى فتاوى أهل سمر قند.

٣٧٥١- وفيه أيضًا: أدخلت المرأة حلمة ثديها فم رضيع، ولا تدرى أدخل اللبن فى حلقه أم لا؟ فإنه لا يحرم النكاح؛ لأن فى المانع شك. وفى آخر "فتاوى أبى الليث": رجل تزوج رضيعة، ومضى على ذلك زمان، فقالت أم الزوج أو أخته: إنى قد أرضعتها، إن قالت: قد أرضعتها قبل النكاح، لا يحل للزوج أن يتزوج بأختها ما لم يطلق الرضيعة؛ لأن إقدام الزوج على النكاح إقرار منه بصحة النكاح، وإقراره حجة فى حقه، وإن قالت: أرضعتها بعد النكاح، جاز له أن يتزوج بأختها قبل أن يطلقها.

نوع آخر:

٣٧٥٢- إذا قال الرجل: هذه المرأة أمى من الرضاعة، أو قال: ابنتى، أو قال: أختى، ثم أراد أن يتزوجها بعد ذلك، وقال: أوهمت، أو أخطأت، أو نسيت، وصدقته المرأة فهما مصدقان على ذلك، وله أن يتزوجها، وهذا استحسان، وإن ثبت على قوله الأول وقال: هو حق كما قلت، ثم تزوجها، فرق بينهما قياسًا واستحسانًا. وجه القياس: أن الرجوع عن

الإقرار فيما هو على المقر غير عامل ؛ لأن الإقرار مستلزم بنفسه ، على ما عرف .

وجه الاستحسان : أن هذا أمر قد يشتبه ، فقد يقع عند الإنسان أن بينه وبين امرأة رضاع ، فيخبر بذلك ، ثم يتفحص عن حقيقة الحال ، فتبين أنه غلط فى ذلك ، وفيما وقع فيه الاشتباه إذا أخبر بالغلط ، وليس هناك من يكذبه ، يجب قبول خبره ، ولم يوجد الكذب هنا ، فإذا أقرت المرأة أن هذا أبى من الرضاعة ، أو أخى ، أو ابن أخى ، وأنكر الرجل ، ثم أكذبت المرأة نفسها وقالت : أخطأت وتزوجها ، فالنكاح جائز . وكذلك لو تزوجها قبل أن تكذب نفسها ، وقالت امرأة بعد النكاح : قدكنت أقررت قبل النكاح أنك أخى ، وقد قلت : إن ما أقررت به ، فهو حق حين أقررت بذلك ، وقد وقع النكاح فاسدًا ؛ فإنه لا يفرق بينهما ، ولو كان هذا القول من الزوج يفرق بينهما .

٣٧٥٣- وإذا أقر الرجل إن هذه المرأة أخته من الرضاعة ، وثبت على ذلك ، وأشهد عليه شهودا ، ثم تزوجها ، ولم تعلم المرأة بذلك[1] ، ثم جاءت بهذه الحجة بعد النكاح ، فرقت بينهما ، ولو أقرا بذلك جميعًا ، ثم أكذبا أنفسهما ، وقال : أخطأنا ، ولم تعلم المرأة بذلك ، ثم جاءت بهذه الحجة بعد النكاح فرقت بينهما ، ولو أقرا بذلك جميعًا ، ثم أكذبا أنفسهما وقالا : أخطأنا ، ثم تزوجها ، كان النكاح جائزًا ، وكذلك هذا فى النسب ليس يلزم من ذلك إلا ما ثبتا عليه[2] ؛ لأن الغلط والاشتباه فيه مما يتحقق .

٣٧٥٤- ولو تزوج امرأة ، ثم قال بعد النكاح : هى أختى من الرضاعة ، وما أشبهه ، ثم قال : أوهمت ليس الأمر كما قلت ، لا يفرق بينهما استحسانًا ، ولو ثبت على هذا النطق وقال : هو حق كما قلت ، فرق بينهما ، ولو جحد بعد ذلك لا ينفعه جحوده ، والحاصل أن مثل هذا الإقرار إنما يوجب الفرقة بشرط الثبات عليه ، فإذا قال : أوهمت ، فقد انعدم ما هو شرط ، فلا يوجب الفرقة ، وإذا قال بعد الإقرار : هو حق كما قلت ، فقد وجد الشرط ، و يثبت الحكم ، ولا ينفعه الجحود بعد ذلك .

٣٧٥٥- ولو قال : هذه أختى ، وهذه ابنتى ، وليس لها نسب معروف ، ثم قال : أوهمت [يصدق ، وهذا بخلاف ما لو قال لعبده : هذا ابنى ، أو قال لأمته : هذه ابنتى ، ثم قال :

---

(١) وفى "ف" : بذلك إقرار.

(٢) وفى "ف" : إلا ما أثبتنا عليه.

أوهمت][1] حيث لا يصدق، ويحكم بعتق العبد والأمة، والفرق أن الاشتباه لا يقع بين العبد وبين ابنه إلا نادرًا؛ لأن العبد في الغالب مبائن لابنه في المطعم، والملبس، والمجلس، والنادر لا عبرة له، فلا يعذر في قوله: أوهمت، أما الاشتباه بين ابنته وزوجته ليس بنادر، بل هو غالب لتقاربهما في المطعم، والملبس، والمجلس، والغالب معتبر شرعًا، فلهذا تعذر إذا قال: أوهمت، فهذا هو الفرق بينهما، ولو قال: هذه ابنتي من نسب، قال ذلك لامرأته، وثبت عليه، ولها نسب معروف لم أفرق[2] بينهما، وكذلك إذا قال: هذه أمي وله أم معروف، وثبت على ذلك لا يفرق بينهما؛ لأنه يكذب شرعًا فيما قال، ولو صار مكذبًا من جهة نفسه، بأن قال: أوهمت، لم يفرق بينهما، فكذا إذا صار مكذبًا شرعًا.

٣٧٥٦- ولو قال: هي ابنتي، وليس لها نسب معروف، مثلها يولد لمثله، وثبت على ذلك، يفرق بينهما، فبعد ذلك إن صدقته المرأة أنها ابنته ثبت النسب، وما لا فلا، وإن كان مثلها لا يولد لمثله لا يثبت النسب منه، ولا يفرق بينهما؛ لأنه ثبت كذب إقراره حقيقة -والله أعلم-.

---

(١) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

(٢) هكذا في جمع النسخ الموجودة عندنا، ولعله: لم يفرق.

الفصل الرابع عشر
فى بيان ما يجوز من الأنكحة، وما لا يجوز

٣٧٥٧- قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: لا يجوز للرجل أن يتزوج بأم امرأته، دخل بها أو لم يدخل بها؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾[١] حرم أمهات النساء مطلقًا، وهو معنى قول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما: أم المرأة مبهمة فى القرآن، أى مطلقة، ولا يجوز له أن يتزوج بابنة امرأته إن كان دخل بها، وإن لم يدخل بها فلا بأس، لقوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللاتِي فِي حُجُورِكُم مِن نِسَائِكُمُ اللاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَم تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيكُم﴾[٢].

٣٧٥٨- وإذا جمع بين امرأتين فى النكاح، فالأصل فى جنس هذه المسائل: أن كل امرأتين لو صورت إحداهما[٣] من هذا الجانب، أو من ذلك الجانب ذكرًا لم يجز النكاح [بينهما برضاع أو نسب، لم يجز الجمع بينهما][٤]، ولو جاز لواحد منهما أن يتزوج بالأخرى فالجمع جائز، كالجمع بين المرأة وابنة زوج كان لها من قبل، فلو كانت ابنة الزوج، ذكرا لا يجوز النكاح بينهما، إلا أن امرأة الأب لو كان ذكرا يجوز النكاح بينهما، وهذا لأن الأصل فى هذا الباب ذواتى رحم محرم، وهناك الحرمة ثابتة من الجانبين لو صورت إحداهما رجلا، أى جانب كان وكل امرأتين هما فى معناهما يثبت هذا الحكم فى حقهما، وما لا فلا، وكما [لا يجوز للرجل أن][٥] يتزوج بأخت امرأته فى عدة امرأته، فكذا لا يجوز له أن يتزوج أحدًا من ذوات محارمها فى عدتها؛ لأنهما فى معنى الأختين فى حرمة الجمع بينهما، ولا يجوز له أن يتزوج أمة على الحرة، الحر والعبد فى ذلك، سواء عندنا لعموم قوله عليه السلام:

---

(١) النساء: ٢٣.

(٢) نفس الآية.

(٣) وفى "م": إن كانتا امرأتين لو صورنا إحداهما.

(٤) أثبت من "ف" و"م" و"ظ".

(٥) أثبت من "ف" و"م" و"ظ".

«لا تنكح الأمة على الحرة»[1]، فإن جمع بينهما فى عقدة صح نكاح الحرة، وبطل نكاح الأمة؛ لأن الأمة ليست بمحل حالة الضم إلى الحرة، هذا لما عرف أن الرق فى جانب النساء منقص للحال، كما فى جانب الرجال، غير أن فى جانب النساء لا يمكن إظهار النقصان فى حق العدد، فأظهرنا النقصان فى حق الأحوال، فجعلناها من المحللات قبل الحرة، ومن المحرمات بعد الحرة ومع الحرة، وهذا إذا كان يصح نكاح الحرة وحدها [وأما إذا كان لا يصح نكاح الحرة وحدها][2] فضمها إلى الأمة لا يوجب بطلان نكاح الأمة، كما لو جمع بين الحرة والأمة، وللحرة زوج، أو فى عدة الغير، فإنه لا يبطل نكاح الأمة.

٣٧٥٩- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": أختان قالت كل واحدة منهما لرجل واحد: قد زوجت نفسى منك بكذا، وخرج الكلامان معًا، فقبل الزوج نكاح إحداهما فهو جائز؛ لأن كلامهما منفصل فى "الأصل"، فلم يتحقق الجمع، لا فى حق الحكم، ولا فى حق السبب، وفيه أيضًا: رجل له بنت كبيرة و أمة كبيرة، فقال الرجل: قد زوجتكهما كل واحدة منهما بكذا، فقبل الزوج نكاح الأمة كان باطلا؛ لأن الموجب جمع بين الأمة والحرة فى الإيجاب، وذلك يوجب بطلان نكاح الأمة [لكونه نكاح الأمة دافعًا][3] نكاح الحرة، فإن قبل بعد ذلك نكاح الحرة جاز؛ لأن الإيجاب فى حق الأمة باطل. وفيه أيضًا: رجل وكل رجلا أن يزوجه امرأة، ووكل رجلا آخر بمثل ذلك، فزوجه كل واحد منهما امرأة بغير أمرها وهما أختان من الرضاعة. وخرج الكلامان معًا، فهما باطلان، وكذلك لو كان أحد النكاحين برضاء المرأة، أو كان كلاهما برضاهما لما ذكرنا.

٣٧٦٠- قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا يتزوج الأمة فى عدة الحرة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يتزوج فى عدة المبتوتة، هما يقولان: المحرم إدخال الأمة فى نكاح الحرة لا الجمع، بدليل أن نكاح الأمة إذا كان سابقًا يجوز، فلا يتحقق الإدخال إذا كانت الحرة مبتوتة. وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: بأن العدة حق من حقوق النكاح، وأثر من آثاره، فيتحقق الإدخال على الحرمة من وجه، فيعتبر الإدخال من كل وجه احتياطًا لأمر

---

(١) ذكر هذا الحديث الإمام الزيلعى فى "نصب الراية" (٣: ٢١٤) فى فصل المحرمات من كتاب النكاح، وقال: رواه الدارقطنى فى "سننه"، والطبرى فى تفسيره فى سورة النساء عند قوله تعالى: ﴿وَمَن لم يَستَطع مِنكُم طَولا أن ينكحَ المُحصنَاتِ﴾ كما رواه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق فى "مصنفيهما".

(٢) أثبت من "ظ" و "ف" و "م".

(٣) هكذا فى "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ": وأيضًا.

الحرة[١] .

٣٧٦١- ولو تزوج أمة وحرة، والحرة فى عدة عن نكاح فاسد، أو عن وطء بشبهة، ذكر الحسن رحمه الله تعالى أنه على هذا الاختلاف وغيره قال: يجوز[٢] نكاح الأمة هنا باتفاق، ويجوز له أن يتزوج أخت [أمته التى وطيها، وأخت أم ولدها، ولكن لا يطأ الزوج حتى تحرم الأمة وأم ولد على نفسه بنكاح، أو ببيع الأمة، ولايجوز له أن يتزوج أخت][٣] أم ولده فى عدة أم الولد، بأن اعتق أم ولده، ثم أراد أن يتزوج بأختها فى عدتها، فإنه لا يجوز، ويجوز له أن يتزوج أربعًا، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يجوز نكاح الأخت والأربع؛ لأن العدة [أثر][٤] ذلك الفراش، وذلك الفراش لم يكن مانعًا نكاح الأخت، ولا نكاح الأربع، فكذا أثره، وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول فى الفرق: إن المقصود من النكاح الوطء، وهذا الرجل باعتبار عدة أم الولد غير ممنوع من وطء الأربع بالنكاح، بأن يعتقها وتحته أربع نسوة، فإن له أن يطأهن، وكذلك لا يكون ممنوعًا من العقد على الأربع، وهو باعتبار عدتها ممنوع عن وطء أختها بالنكاح، فيكون ممنوعًا من العقد عليها أيضًا بمنزلة العدة من النكاح.

٣٧٦٢- قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: يجوز أن يتزوج امرأة حاملا من الزنا، ولايطأها حتى تضع، وقال أبو يوسف وزفر رحمهما الله تعالى: لا يصح النكاح، والفتوى على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وهذا لأن المنع عن النكاح إذا كان الحمل من النكاح لأجل الحق المحترم[٥] لصاحب الماء، لئلايدخل على فراشه غيره، فأما فيما يرجع إلى الحمل نفسه، فأثره فى حق المنع من الوطء، لئلا يصير ساقيًا زرع غيره بمائه. فى "المنتقى": قال هشام: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن رجل تزوج امرأة لم يكن لها زوج قبل ذلك وبنى بها، فجاءت بولد تام، لأقل من ستة أشهر من يوم تزوجها، قال: النكاح فاسد فى قولى وقول أبى يوسف رحمه الله تعالى؛ لأنه تزوجها وهى حامل، وإن جاءت بسقط

---

(١) هكذا فى الأصل و "ظ"، وفى "ف" و "م": لأمر الحرمة.

(٢) وفى "م": لا يجوز.

(٣) أثبت من "ظ" و "ف" و "م".

(٤) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: أجاز.

(٥) وفى "ظ": المحرم.

استبان خلقه، أو بعض خلقه لأربعة أشهر منذ تزوجها أو أكثر[١]، فالنكاح جائز، وإن جاءت به لأقل من ذلك فالنكاح فاسد، قال: لأنه بلغنا أنه يكون نطفة أربعين يومًا، ثم علقة أربعين يومًا، ثم مضغة أربعين يومًا، وإذا سقطت لأربعة أشهر منذ تزوجها، أو أكثر من ذلك، فهو ابن الزوج، والنكاح جائز. قال محمد رحمه الله تعالى: والأربعة الأشهر وجب عندى فى السقط الذى استبان خلقه، مثل الستة الأشهر [فى][٢] الولد التام، قال: ولا يحفظ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى السقط الذى استبان خلقه شيئًا، وقال محمد رحمه الله تعالى: وإن نقص عدد الأربعة أشهر من مائة وعشرين يومًا، يعنى فى السقط، لم أنظر فيه إلى الشهور، يعنى إلى الأهلة إنما أنظر فيه إلى [عدد][٣] الأيام على ما جاء فى الحديث، والوقت فيه تمام مائة وعشرين يومًا، وأما الولد التام فعلى عدد الشهور، فإن تزوجها على عدد رأس عشرة أيام من شهر عددت لها عشرين يومًا من هذا الشهر، وخمسة أشهر بالأهلة، عشرة أيام من الشهر السادس.

٣٧٦٣- وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: فى الحربية إذا هاجرت إلى دار الإسلام [مسلمة، جاز تزوجها، ولا عدة عليها، وقال أبو يوسف ومحمد: عليها العدة؛ لأنه البينونة إنما تقع بعد دخول دار الإسلام][٤]، فيلزمها حكم الإسلام، ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى قوله تعالى فى آية المهاجرات: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾[٥]، ومتى حكمنا بوجوب العدة كان حكمًا مع العصمة، والفقه فيه أن العدة أثر النكاح حكم الشرع به لإظهار خطر النكاح، وهذا المعنى لا يمكن تحققه فى نكاح الحربى الذى لا خطر بملكه، ألا ترى أنه لو ثبت لا تجب العدة، حتى يحل للثانى وطيها بعد الاستبراء، فإن كانت حاملا فعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى روايتان: روى أبو يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجوز النكاح، ولا يطأها حتى تضع، وهو اختيار الكرخى، وروى محمد رحمه الله تعالى عنه: أنه لايتزوجها، لأن النسب ثابت، وظهر الفراش فى حق النسب، فكذا فى حق المنع عن النكاح.

---

(١) وفى "م": منذ تزوجها، أو أكثر، فهو ابن الزوج، فالنكاح جائز.

(٢) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: مثل.

(٣) أثبت من "ف" و "ظ".

(٤) أثبت من النسخ الموجودة عندنا.

(٥) الممتحنة: ١٠.

٣٧٦٤- ولا يجوز وطء كافرة بنكاح، ولا بملك يمين إلا الكتابيات، فنكاح غير الكتابية لا يجوز لمسلم بحال، ونكاح الكتابية جائز للمسلم، سواء كانت حربية أو غير حربية، غير أنها إذا كانت حربية وتزوجها المسلم فى دار الإسلام جاز نكاحها من غير كراهة، وإن تزوجها فى دار الحرب يجوز نكاحها ويكره، هكذا ذكر محمد رحمه الله فى "الأصل"، واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: إنما يكره إذا كان من قصده أن يتوطن ثمة، وقال بعضهم: إنما يكره إذا كان من قصده أن يطأها ثمة، كما قال محمد رحمه الله تعالى فى المغازى: إذا دخل دار الحرب بأمته يكره له أن يطأها ثمة، وقال بعضهم: إنما يكره إذا كان من قصده أن يستولدها ثمة.

٣٧٦٥- والمرتدة لا يجوز نكاحها مع أحد، وكذا المرتد لا يجوز [نكاحه مع أحد. وإذا تزوّج الرجل بجارية من أكساب مكاتبه لا يجوز][1]، ولو تزوّج بجارية، ثم اشتراها المكاتب لايفسد النكاح، وكذا المكاتب إذا تزوّج بجارية من أكسابه لايجوز.

٣٧٦٦- ولو تزوّج بجارية، ثم اشتراها لنفسه لا يفسد النكاح، والفرق أنّ الثابت للمولى وللمكاتب فى أكساب المكاتب حق الملك، لا حقيقة الملك، وحق الملك يمنع ابتداء النكاح، ولا يمنع بقاء النكاح؛ لأنّ حق الملك ليس إلا الملك الثابت من وجه دون وجه، فاعتبار شبه الوجود وإن كان ينفى النكاح، فاعتبار شبه العدم لاينفى، فلا يجوز نكاح لم يكن بالشك، ولا يبطل نكاح قد كان بالشك.

٣٧٦٧- وإذا زوّج الرجل ابنته وهى بالغة برضاها من مكاتبه، أو من عبده يجوز، وقد مرّ تمام هذا فيما تقدّم، فإن مات المولى، ولم يدع مالا آخر سوى هذا المكاتب، وترك ابنته هذه وعصبة، لم يفسد النكاح؛ لأنّ المرأة لا تملك شيئًا من رقبة زوجها، ولو أفسد النكاح فى هذه الصورة، لفسد من هذا الوجه.

بيانه: أنّ المكاتب لا يملك[2] لسائر أسباب الملك حقا للمكاتب، فلا يملك للإرث أيضًا، فإن طلّقها المكاتب، فإن كان الطلاق رجعيّا كان له أن يراجعها، وإن كان الطلاق بائنًا ليس له أن يزوجها؛ وهذا لأنه [لما][3] ثبت للمرأة فى رقبة المكاتب حق الملك، ولهذا لا يملك

---

(١) أثبت من باقى النسخ التى عندنا.

(٢) هكذا فى الأصل و"ظ"، لعل الصواب: كسائر أسباب الملك.

(٣) أثبت من "ظ".

المكاتب التزوّج إلا برضاها، والطلاق البائن يزيل النكاح، فهذا حال ابتداء النكاح، وحق الملك يمنع ابتداء النكاح، فأما الطلاق الرجعى لا يزيل ملك النكاح، والرجعة فى [حكم استدامة الملك][1]، وحق الملك لا ينافى استدامة ملك النكاح.

٣٧٦٨- ولو لم يكن شىء من ذلك، ولكن مات المكاتب، وترك ثلاثة آلاف درهم، فإنه يبدأ بالمهر؛ لأنه أقوى من بدل الكتابة، لأنه دَين من كل وجه حقيقة وحكمًا، وبدل الكتابة دَين تسمية حكما[2]، ولأنّ ثبوت دَين المكاتبة للمولى مع المنافى، وثبوت دَين الصداق بلا منافٍ، ولهذا جازت الكفالة بدَين الصداق، ولم تجز ببدل الكتابة، فعلم أنّ دَين الصداق أقوى، والابتداء بالأقوى أولى، ثم يستوفى بدل الكتابة؛ لأنه دَين وإن ضعف، فهو يتقدّم على الميراث، ويحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته، ويكون ذلك ميراثًا عن مولى المكاتب، النصف للبنت والنصف للعصبة؛ لأنه مال الميت، فيقسم بين بنته وبين عصبته، بقى هنا ألف أخرى، فتكون ميراثًا عن المكاتب لورثته؛ لأنّا حكمنا بحرّيته فى آخر جزء من أجزاء حياته، فيكون للبنت الربع بحكم الزوجية، والباقى للعصبة بحكم العصوبة، وإن لم يكن البنت فى نكاحه، فلا شىء لها من هذه الألف وهى للعصبة؛ لأنها لورثته ورثت بحكم الولاء[3] [وليس للنساء من الولاء][4] إلا ما أعتقن، أو اعتق من أعتقن، هكذا ورد الأثر عن رسول الله ﷺ[5]، وعليها عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرًا، دخل بها الزوج أو لم يدخل؛ لأنا حكمنا بحرّيته فى آخر جزء من أجزاء حياته، فانتهى النكاح بينهما بالموت، فلهذا وجب عدّة الوفاة ولو لم يمت المكاتب، ولكنه عجز فسد النكاح؛ لأنها ملكت نصف رقبة زوجها.

بيانه: أنّ بالعجز ينفسخ عقد الكتابة، وهو المانع عن الإرث، وسقط كل الصداق إن لم يكن دخل بها، لوقوع الفرقة بمعنى من قبلها وهو تملُّكها شيئًا من رقبة زوجها قبل الدخول

---

(١) هكذا فى "م" و"ف"، وكان فى الأصل و"ظ": حق الزوج استدامة النكاح.

(٢) وفى "ف" و"م": وبدل الكتابة دين تسمية لا حكما.

(٣) وفى "ظ": لأنها لو ورثت ورثته بحكم الولاء.

(٤) أثبت من "ظ" و"ف".

(٥) قال الزيلعى فى "نصب الراية" ج ٤ كتاب الولاء: حديث: «ليس للنساء إلا ما أعتقن...»... إلخ غريب، وأخرجه البيهقى عن على وابن مسعود وزيد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبير من العصبة، ولا يورثون النساء من الولاء، إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن، وكذلك أخرجه عبد الرزاق وابن أبى شيبة فى "مصنفيهما".

بها .

٣٧٦٩- [ذكر الشيخ الإمام الأجل الزاهد أبو حفص السفكردري رحمه الله من "فوائده" : أنه لا يجوز للرجل الحنفي أن يزوّج ابنته من الشفعوي، وعن بعض مشايخنا رحمهم الله : أنه يجوز لنا أن نتزوّج بناتهم، ولا يجوز لنا أن نزوّج أبناءنا منهم . وعن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله، أنّ من قال : أنا مؤمن إن شاء الله يكفر للحال، فعلى قياس هذا لا يجوز المناكحة بيننا وبينهم أصلا][1] -والله أعلم- .

(١) أثبت من "ف".

الفصل الخامس عشر
فى الأنكحة التى لا تتوقّف على الإجازة والتى تتوقّف على الإجازة، ثم تنفذ بدون الإجازة ويحتاج فيها إلى الإجازة

٣٧٧٠- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الزيادات": عبد أو مكاتب تزوّج امرأة بغير إذن المولى، توقّف ذلك؛ لأنّ له مجيزًا فى الحال هو المولى، فإن اعتق قبل إجازة المولى ينفذ ذلك العقد عليه من غير إجازة، والصبى إذا تزوّج امرأة ثم بلغ، إن أجاز ذلك العقد نفّذ عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، وإن لم يجز لايجوز.

والفرق: أن امتناع النفوذ فى حق العبد والمكاتب مع كمال أهليتهما لحق المولى، وقد زال حق المولى بالعتق، فأما امتناع النفاذ فى حق الصبى لقصور أهليّته، فلا بدّ من المجيز بانضمام رأى الولىّ، أو القاضى، أو إجازته بعد البلوغ.

٣٧٧١- مُكاتب زوّج عبده امرأة، لم يجز ولم يتوقّف؛ لأنه لا مجيز له حال وقوعه، أما المُكاتب لأن تزويج العبد ليس بتجارة ولا كسب، بل هو تعييب وتنقيص للماليّة، والدّاخل تحت ولاية المُكاتب التجارة والكسب، وأما المولى فلأنه أجنبى عن أكساب مُكاتبه، ولو وكّل المُكاتب بذلك كان التوكيل باطلا، لأن المكاتب لا يملك المباشرة بنفسه، فلا يملك التفويض إلى غيره، فلو زوّجه الوكيل قبل عتق المُكاتب لم يجز، ولم يتوقّف، ولو زوّجه بعد عتق المُكاتب توقّف على إجازته؛ لأن الوكالة لمّا بطلت كان هذا فضوليّا زوّج عبد الغير، وذلك الغير من أهل الإجازة وقت المباشرة، فتوقّف على إجازته.

٣٧٧٢- ولو تزوّج عبد المكاتب بنفسه بغير أمر المكاتب [لم يتوقّف، حتى لو عتق المكاتب وأجاز ذلك لا يجوز؛ لأنه لا مجيز له، ولو زوّج بعد ما عتق المُكاتب][1] جاز، وإذا وكّل الصبى رجلا أن يزوّجه امرأة، فزوّجه الوكيل امرأة قبل البلوغ، يتوقّف على إجازة الولىّ أو القاضى قبل البلوغ، وإجازته بعد البلوغ، وإن زوّجه الوكيل امرأة بعد البلوغ، يتوقّف النكاح على الإجازة أيضًا، ولكن على إجازة الصبى لا غير، وهذا لأن الوكالة حصلت عن رأى ناقص، فلا تكون لازمة، وصار الوكيل كالفضولى، فيتوقّف نفاذ تصرّفه على الإجازة.

---

(١) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

٣٧٧٣- قال في "الجامع": عبد زوّجه رجل امرأتين في عقدة بغير إذنه، وإذن مولاه، ثمّ زوّجه أيضًا امرأتين في عقدة كذلك، فلم يبلغه حتى عتق، فأيّ العقدين أجازه نفذ، وكذلك لو أجاز نكاح إحدى الأوليين، ونكاح إحدى الأخريين جاز أيضًا، وهذا لأن نكاح [كل واحدة وقع موقوفًا، ألا ترى أن المولى لو أجاز نكاح كل][1] واحدة منهن قبل العتق جائز، فكذا إجازة العبد؛ لأن إجازة العبد [كانت][2] لا تعمل [قبل العتق][3] لحق المولى، وحق المولى قد سقط بالاعتاق، ولو أجاز نكاحهن جملة بطل الكل؛ لأن العقد ما انعقد موقوفًا إلا على إجازة ثنتين، فلا يصح إجازة الكل، ويصير بإجازة الكل معرضا عن العقد، فبطل العقدان لعدم الفائدة في إيقافهما، ولو أجاز نكاح الثلاث منهن بأعيانهن بطل نكاحهن، فإن أجاز نكاح الواحدة الباقية بعد ذلك صحّ؛ لأن عقدهما بقي موقوفًا [ولا يكون إجازة النكاح الثلاث فسخا لنكاحها؛ لأن الإجازة إنما تعمل في إبطال النكاح الموقوف بعد صحة الإجازة، وإجازة الثلاث لم يصح، فبقي نكاح الرابعة موقوفًا][4] على الإجازة، فيتقيّد بالإجازة.

٣٧٧٤- وفيه أيضًا: حرّ تحته امرأة، زوّجه رجل أربع نسوة بغير أمره[5]، فبلغه ذلك فأجاز نكاح بعضهن، لم يجز؛ لأن أصل الخطاب وقع فاسدًا، ولو زوّجه أربع نسوة في عقد متفرّقة، فأجاز نكاح بعضهن جاز؛ لأن هناك الخطاب ما وقع فاسدًا، وإن أجاز نكاحهن في هذه الصورة لم يجز، وبطل نكاح الكل، حتى لو أجاز بعد ذلك نكاح بعضهن لا يجوز، ولو ماتت امرأته قبل إجازته في العقد الواحد، أو في العُقد المتفرّقة، ثم أجاز نكاح الكل لم يجز، أما في العقد الواحد فظاهر، وأما في العُقد المتفرّقة فلأن الموقوف على الإجازة نكاح الثنتين لا غير.

٣٧٧٥- وفي نكاح "الأصل": رجل تزوّج أمَة بغير إذن مولاها، ثم تزوّج حرّة، ثم أجاز مولى الأمَة نكاحها لم يجز؛ إما لأن الإجازة لاقت عقدًا مفسوخًا، لأن نكاح الأمَة وقع بعد نكاح الحرّة، باعتبار النظر إلى ما هو المقصود من العقد وهو الملك والحل، فانفسخ

---

(١) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

(٢) هكذا في "ف" و"م".

(٣) أثبت من "ظ".

(٤) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

(٥) وفي "ب" و"ف": إذنه.

بنكاح الحرّة، أو لأنه اعترض بعد عقد الأمَة قبل الإجازة ما يمنع ابتداء عقد الأمَة، فيمنع الإجازة أيضًا، ألا ترى أنه لو تزوج امرأة نكاحًا موقوفًا، ثم تزوّج أختها، ثم إن الأولى أجازت لم يجز، أرأيت لو تزوّج أمّ هذه الأمَة أو ابنتها، وهي حرّة قبل إجازة مولاها، ثم أجازها مولاها، أكان يجوز؟ لا شك أنه لايجوز.

٣٧٧٦- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: عبد تزوّج أمَة، ثم تزوّج حرّة، ثمّ تزوّج أمَة، ثم أجاز المولى نكاحهن، جاز نكاح الأمَة الأخيرة، ولو كان دخل بكل واحدة منهن، لم يجز نكاح شيء منهن.

٣٧٧٧- وفي "نوادر ابن رستم"، عن محمد رحمه الله تعالى: عبد تزوّج أمة، ثم تزوّج حرّة بغير إذن المولى [فبلغ المولى][1] فأجاز النكاحين، فنكاح الحرّة جائز، ونكاح الأمَة باطل. ولو كان تزوّج حرّة، ثم أمَة بغير إذن المولى، فأجاز المولى النكاحين، فنكاح الحرّة جائز، ونكاح الأمَة باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقال محمد رحمه الله تعالى: نكاح الأمَة جائز، ونكاح الحرّة باطل؛ لأنّ محمدًا رحمه الله تعالى يقول: نكاح الأمَة في عقد الحرّة[2] جائز.

نوع آخر: [مما يتصل بهذا الفصل انتقال الإجازة وعدم انتقالها][3] إلى غير من توقف العقد عليه:

يجب أن يعلم أنّ العقد قد يتوقّف على إجازة الغير، ثم تنتقل الإجازة إلى غيره، ويصحّ [بإجازته، وقد لا يصحّ][4] انتقال الإجازة إلى غيره.

٣٧٧٨- بيان الأول: إذا زوّج الرجل بنت أخيه من ابنه وهما صغيران، ولابنة أخيه أب، مات الأب قبل إجازة النكاح، فأجاز العمّ هذا النكاح قبل بلوغها، صحّت الإجازة، ونفذ النكاح.

٣٧٧٩- وكذلك إذا زوّج الرجل ابنه البالغ امرأة بغير إذن الأب، فلم يبلغه حتى صار

---

(١) أثبت من النسخ الموجودة عندنا.

(٢) وفي "ف": في عدة الحرة.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

معتوهًا، فأجاز الأب ذلك النكاح جاز. وكذلك العبد إذا تزوّج بغير إذن المولى، ثم خرج عن ملكه إلى ملك غيره، فأجاز الثاني النكاح صحّ إجازته ونفذ العقد، وكذلك الأمَة إذا زوّجت نفسها بغير إذن المولى، فخرجت عن ملكه إلى ملك غيره بالبيع، أو بالهبة، أو بالإرث، فإن لم يحل فرجها للمالك الثاني، بأن ورثتها جماعة، أو ورثها ابنه وكان الميت وطئها، أو باعها، أو وهبها من جماعة، أو من ابنه، وكان الأب وطئها، فللوارث الإجازة.

٣٧٨٠- وبيان الثاني: إن كانت الجارية تحلّ للثاني في هذه الصورة، بأن وهبها من أجنبي [أو باعها من أجنبي][1]، أو من ابنه، ولم يكن الأب وطئها، أو ورثها ابنه، ولم يكن الميت وطئها، فإنه لا يصح الإجازة من الثاني، ولا يصح النكاح بإجازة الثاني.

٣٧٨١- والأصل في جنس هذه المسائل: إنّ الإجازة إنما لا يصحّ انتقالها إلى غير من يتوقّف العقد عليه إذا ثبت الحل لذلك الغير، وهو معنى ما نقل عن المشايخ رحمهم الله تعالى أنّ الحل البات إذا طرأ على الحل الموقوف أبطله، أما إذا لم يثبت الحل لذلك الغير، صح الانتقال إلى غير من وقع عليه، وعن هذا قلنا: إنّ الجارية إذا زوّجت نفسها بغير إذن المولى، ووطئها الزوج، ثم باعها المولى من رجل، صحّت الإجازة من الثاني؛ لأنّ وطء الزوج يمنع ثبوت الحلّ للمشترى، فلم يرتفع الحلّ الموقوف.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل السادس عشر فى المهر

٣٧٨٢- هذا الفصل يشتمل على أنواع : نوع منه فى بيان ما يصلح مهراً، وفى بيان مقداره، وكميّته، قال الكرخى رحمه الله تعالى فى كتابه : المهر لا يكون إلا ما هو مال، أو ما يوجب تسليم مال، فإن سمى فى العقد مالا، كان المملوك بالعقد مضمونًا بالمسمى، وإن لم يسمّ كان مضمونًا بمهر المثل، حتى لو مات عنها قبل الدخول بها وجب مهر المثل عندنا، بناء على أنّ النكاح لم يشرع إلا معاوضة البضع بالمال عندنا؛ لأنّ الأصل فيه قوله تعالى : ﴿أَنْ تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُمْ﴾[1] أحلّ ما وراء الحرمات بشرط الابتغاء بالمال، وإذا سمى فى العقد ما هو معدوم فى الحال، بأن تزوّجها على ما يثمر نخيله العام، أو على ما تخرج أرضه العام، أو على ما يكتسب غلامه، لا يصح التسمية، وكان لها مهر المثل؛ لأنّ المعدوم لا يوصف بالمالية، ولايصح ذكره مهرًا، وكذا إذا سمى ما ليس بمال للحال من كل وجه، بأن تزوّجها على ما فى بطون غنمه، أو على ما فى بطن جاريته لا يصح التسمية، وكان لها مهر المثل، وكذا لو تزوّجها على طلاق امرأة أخرى، أو عفو عن القصاص، فلها مهر المثل [لأنّ المسمى ليس بمال][2].

٣٧٨٣- وإذا زوّجها على أن لا مهر لها صحّ النكاح، ووجب لها مهر المثل، والنساء التى يعتبر مهرها بمهورهنّ قوم أبيها، وأخواتها لأبيها وأمّها، أو لأبيها وعمّاتها، وبنات عمّها، ولا يعتبر مهرها بمهر أمّها وقوم أمّها، إلا أن تكون أمّها من قوم أبيها، بأن كانت بنت عمّ أبيها، فحينئذٍ يعتبر مهرها، لا لأنها [قوم][3] أمّها، بل لأنها بنت عمّ أبيها، وإنما يعتبر من عشيرتها من هى مثلها فى الحسن، والجمال، والسنّ [والمال][4]، والبِكارة، وكذلك يعتبر أن تكون تلك المرأة [من بلدتها؛ لأنّ المهر يختلف باختلاف البلدان، ومن المشايخ من قال : لا يعتبر[5]

---

(١) النساء : ٢٤.

(٢) أثبت من النسخ الموجودة عندنا.

(٣) هكذا فى "م".

(٤) أثبت من "ب" و "ف".

(٥) وفى "ب" : يعتبر.

الجمال فى المرأة إذا كانت][1] من أهل بيت الشرف والحسب، فإن لم يوجد من قوم أبيها امرأة بهذه الصفة، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى فى أول باب المهر : أنه يعتبر مهرها بمهر مثلها من الأجانب فى بلدها، ولا يعتبر بمهر مثلها من قوم [أمّها][2]، وذكر هو أيضًا فى مسألة اختلاف الزوجين فى هذا الباب : أنّ على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز تقدير مهرها بأقرانها[3] من الأجانب، فكان المذكور فى أول الباب قولهما، وإذا تزوّج امرأة، ولم يسمّ لها مهرًا، ثم سمى لها مهرًا، أو [فرض لها مهرًا، أو][4] رافعته إلى القاضى ففرض لها مهرًا، جاز ويكون ذلك تقديرًا لمهر المثل.

٣٧٨٤- وفى "الفتاوى" : سئل أبو القاسم رحمه الله تعالى عن امرأة زوّجت نفسها بغير مهر، وليس لها [مثل][5] فى قبيلة أبيها فى المال والجمال؟ قال : ينظر إلى قبيلة أخرى مثل قبيلة أبيها، فيقضى لها بمهر مثلها من نساء تلك القبيلة، وإنما يعتبر حالها فى السن والجمال حالة التزوّج.

٣٧٨٥- وفى المهر حقوق ثلاثة[6] : حق الشرع وهو أن لا يكون أقلّ من عشرة، وحق الأولياء وهو أن لا يكون أقلّ من مهر مثلها، وحق المرأة وهو كونه ملكًا لها، غير أنّ حق الشرع وحق الأولياء يعتبر وقت العقد لا فى حالة البقاء، حتى لو زوّجت نفسها من رجل بعشرة، ثم أبرأته عن كلها أو عن بعضها، جاز.

٣٧٨٦- وكذلك إذا زوّجت نفسها من رجل بمقدار مهر مثلها، ثم أبرأته عن كلها، أو عن بعضها، لا يكون للأولياء حق الاعتراض، وعن هذا قلنا : إذا تزوّجها على ثوب قيمته ثمانية دراهم، فلم يقبضه حتى صارت قيمته عشرة، فلها الثوب ودرهمان، ولو كانت قيمة الثوب عشرة، فلم تقبضه حتى صارت قيمته ثمانية، فلها الثوب لا غير ؛ لأنّ فى الوجه الثانى حق الشرع صار مقامًا، إذ قيمة الثوب وقت العقد كانت عشرة، فالانتقاص بعد ذلك لا يضر

---

(١) هكذا فى "ظ" و"ف" و"م".

(٢) هكذا فى النسخ التى توفرت لنا، وكان فى الأصل : أبيها.

(٣) وفى "ب" و"ف" : بأقاربها.

(٤) أثبت من النسخ التى توفرت لنا.

(٥) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل : مهر.

(٦) وفى "ف" : ثلاثة : حق الشرع، حق الأولياء، حق المرأة. . . إلخ.

بخلاف الوجه الأول ؛ لأنّ حق الشرع لم يصر مقامًا ، لأنّ قيمة الثوب عند العقد ثمانية ، وقد ذكرنا أنّ حق الشرع إنما يراعى وقت العقد . وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى : أنّ فى الثوب وما ليس من ذوات الأمثال يعتبر القيمة وقت[1] التسليم ، وفى المكيل والموزون فتعتبر القيمة يوم العقد ، وهذه الرواية إنما يتضح وجهها إذا [لم يكن] الثوب[2] معيّنًا فى العقد .

ووجه ذلك : أنّ القيمة أصل فى التسليم [ألا ترى أنه لو جاء بها أجبرت على القبول ، فيعتبر القيمة يوم التسليم][3] ، فأما المكيل والموزون فقد استحكم الوجوب فى الذمّة ، وذكرها وذكر الدراهم سواء ، فتعتبر القيمة يوم الوجوب .

٣٧٨٧- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى : إذا تزوّج المرأة على قطعة فضة تبر وزنها عشرة ، ولا تساوى عشرة مضروبة ، جاز ، ولا يلزمه فضل ما بينهما ، ولو شرط[4] تعليم القرآن مهرًا لا يصح ؛ لأنه ليس بمال .

٣٧٨٨- ولو تزوّجها على أن يخدمها سنَة لم يجز .

٣٧٨٩- ولو تزوّجها على أن يرعى غنمها سنَة ، لم يجز على رواية "الأصل" . روى ابن سماعة عن محمد : أنه يجوز فى الرعى ، وقد اختلف أصحابنا رحمهم الله تعالى فى هذا ، فمنهم من يقول : بأن المنفعة صلحت مهرًا ؛ لأنها متقوّمة بالعقد ، إلا أنّ الزوج يمنع عن الخدمة لما فيه من الاستهانة به ، ولا استهانة فى رعى الغنم ، فيجوز شرطه ، ومنهم من يقول : بأن منفعة الحرّ لا تصلح مهرًا .

وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى : إذا تزوّجها على خدمتها سنَة ، فلها مهر المثل ، وقال محمد رحمه الله تعالى : لها قيمة خدمته ، محمد رحمه الله تعالى يقول : بأنّ المنفعة تصلح عوضًا فى سائر العقود ، فتصلح عوضًا فى باب النكاح أيضًا ، إلا أنه منع عن التسليم شرعًا لما فيه من الاستهانة مع صلاحيته مهرًا ، فيصار إلى قيمته ، كما لو تزوّجها على عبد الغير ، ولم يجز ذلك الغير . وهما قالا : بأنّ [المنافع][5] فى الأصل ليس

---

(١) وفى "ب" و"ف" و"م" يوم التسليم مكان وقت التسليم.

(٢) هكذا فى "ظ" و"ف" و"م" ، وفى "ب" : إنما لم يكن الثوب ، وكان فى الأصل : إذا كان الثوب.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٤) وفى "ف" : ولو تزوجها على تعليم القرآن مهرًا.

(٥) هكذا فى "ب" و"ف" و"م" ، وكان فى الأصل و"ظ" : المسمى.

بمال، ولهذا لا يضمن فى الغصب، وإنما يظهر لها حكم المالية، والتقوم بالعقد شرطا ضرورة الحاجة إليها، فإذا لم يجب التسليم بالعقد لا تندفع به الحاجة، فبقى حكم الأصل، فلم تظهر المالية والتقوّم، فيجب مهر المثل. وفى "المنتقى" عن محمد رحمه الله تعالى: أنه إذا تزوّجها على خدمة نفسه يجوز، ولو تزوّجها على خدمة عبده سنَة، جاز بلا خلاف.

٣٧٩٠- وإذا تزوّجها على هذا العبد وهو ملك الغير، أو على هذه الدار وهى ملك الغير، فالنكاح جائز، والتسمية صحيحة، فتسمية مال الغير صداقًا صحيح؛ لأنّ المسمى مال متقوم، فبعد ذلك ينظر إن أجاز صاحب الدار وصاحب العبد ذلك، فلها عين المسمى، وصار الجواب فى النكاح متى أجاز المستحق التسمية نظير الجواب فى البيع. وإن لم يجز المستحق لايبطل النكاح، ولا التسمية، حتى لايجب مهر المثل، وإنما يجب قيمة المسمّى بخلاف البيع، فإن فى باب البيع متى لم يُجز المستحق التسمية، ينفسخ البيع من كل وجه، حتى لا يجب قيمة المسمّى.

٣٧٩١- فى "المنتقى": ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل تزوّج امرأة على عبد [لها، فلها مهر مثلها، ولم يجعل هذا بمنزلة من تزوّج امرأة على عبد][1] غيره؛ لأنّ الذى له العقد لو أجاز كان جائزًا، وليس كذلك المرأة.

٣٧٩٢- وفيه أيضًا: إذا تزوّج امرأة على عبده ودفعه إليها، فوهبته للزوج ثم استحق، فالمرأة ترجع على الزوج بقيمة العبد. وفى "الأصل": إذا تزوّجها على شىء بعينه، وهلك قبل التسليم، أو استحق، فإن كان ذلك من ذوات الأمثال رجعت على الزوج بالمثل، وإلا بالقيمة.

٣٧٩٣- وإذا تزوّجها على ألف درهم على أن ترد ألفًا عليه، فلها مهر المثل؛ لأنّ الألف المشروط بمقابلة الألف المسمّى، حتى لا يؤدى إلى الربا، فبقى النكاح بلا تسمية، حتى لو تزوّجها على ألف درهم على أن تردّ عليه مائة دينار، يقسم الألف على المائة الدينار، وعلى مهر مثلها، فما أصاب الدنانير كان صرفًا يشترط فيه التقابض فى المجلس، وما يخصّ مهر المثل يكون صداقًا، وكذلك إذا تزوّجها على ألف درهم على أن تردعليه عبدًا بعينه وهو جائز، ويقسم الألف على قيمة العبد ومهر مثلها، فما أصاب قيمة العبد يكون شراء، حتى إذا مات العبد قبل التسليم، أو وجد الزوج به عيبًا بطل ذلك القدر، وما أصاب مهر مثلها، فهو صداقها -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نوع آخر
[فى المهر][١] يدخله الجهالة:

الأصل أنّ جهالة المسمّى إذا كانت جهالة جنس تمنع صحّة التسمية، ويجب مهر المثل، وإن كانت جهالة صفة لا يمنع صحة التسمية، وللمرأة الوسط من ذلك.

٣٧٩٤- بيان الأول: إذا تزوّج امرأة على دابّة، أو ثوب، فلها مهر مثلها بالغًا ما بلغ[٢]، وكذلك إذا تزوّجها على دار؛ لأنّ المسمّى مجهول الجنس، والثياب أجناس مختلفة لاختلاف أصولها من القطن، والكتّان، والخز[٣]، والإبريسم، وكذلك الدابّة؛ لأنّ اسم الدابّة يقع على الخيل، والبغال، والحمير، وإنها أجناس، وكذلك الدّار؛ لأنها فى معنى الأجناس المختلفة، لأنها تختلف باختلاف البلدان والمحال [وباختلاف][٤] الضيق، والسّعة، وكثرة المرافق وقلّتها.

٣٧٩٥- وأما بيان الثانى: إذا تزوّج امرأة على عبد، أو ثوب هروى ولم يصف، فالتسمية صحيحة، ولها الوسط من ذلك نظرًا للجانبين، والزوج بالخيار إن شاء أعطاها الوسط، وإن شاء أعطاها القيمة؛ لأنّ الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فتسليم القيمة تسليم ما هو المستحق[٥] بالعقد، فصارت القيمة أصلا فى التسليم، والوسط من العبد فى زماننا أدنى تركى، وأرفع هندى، ويعتبر قيمة الوسط على قدر غلاء السعر والرخص عندهما وهو الصحيح، وهذا إذا ذكر الثوب والعبد مطلقًا من غير مضاف إلى نفسه، أما إذا ذكره مضافًا إلى نفسه، بأن قال: تزوّجتك على عبدى، أو قال: على ثوبى، ليس له أن يعطى القيمة؛ لأنّ الإضافة من أسباب التعريف كالإشارة، ولو كان الثوب أو العبد مشار إليه فى العقد، ليس له أن يعطيها القيمة، فكذا المضاف[٦]. المسألة مذكورة فى "السير" فى أبواب الأمان.

٣٧٩٦- ولو تزوّجها على ثوب موصوف، فكذلك الجواب فى ظاهر الرواية، للزوج الخيار إن شاء أعطاها عين الثوب، وإن شاء أعطاها القيمة. وروى عن أبى حنيفة رحمه الله

---

(١) أثبت من "ف" و "ظ".

(٢) وفى "م": بالغا ما بلغ أن المسمى مجهول.

(٣) وفى "ظ": القز.

(٤) أثبت من "ف" و "ب".

(٥) وفى "ظ": المسمى.

(٦) وفى النسخ التى عندنا: فكذا ههنا.

تعالى أنه يجبر على تسليم عين الثوب، وهو قول زفر رحمه الله تعالى؛ لأن الثوب بذكر الصفة يلحق بذوات الأمثال، ألا ترى أنه يجوز السلم فيه؟ وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه إن ذكر الأجل مع ذلك يجبر على التسليم، وإن لم يذكر الأجل كان للزوج الخيار؛ لأنه إذا ذكر الأجل صار نظير السلم، فيجبر على التسليم كما فى السلم، وذكر البقالى: أنّ فى الثياب الموصوفة روايتين.

٣٧٩٧- ولو تزوّجها على كرّ حنطة ولم يصف، فإن شاء أعطى كرًّا وسطًا، وإن شاء أعطى القيمة، وروى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يجبر على تسليم الكرّ، وهو قول زفر، بخلاف العبد على هذه الرواية، وأنّ هناك لا يجبر على تسليم العبد مع أنّ الواجب فى الصورتين جميعًا الوسط؛ لأنّ العبد ليس من ذوات الأمثال، وطريق معرفة الوسط منه القيمة، فكانت القيمة أصلا فى التسليم، ولا كذلك الحنطة؛ لأنها من ذوات الأمثال، فيمكن معرفة الوسط منها بدون القيمة، فلم تكن القيمة أصلا فى التسليم ثمة، والجواب فى سائر المكيلات والموزونات نظير الجواب فى الحنطة.

٣٧٩٨- وإذا تزوّجها على شىء مما يكال أو يوزن، فسمى منه كيلا أو وزنًا معلومًا من صنف معلوم، فلها ما سمى من ذلك، وإن جاء بقيمته دراهم أو دنانير لم تجبر المرأة على القبول، بخلاف الحيوان والثوب الهروى، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى. وفى "النوازل": إذا تزوّجها على مكيل ووصفه، بحيث يكفى مثله فى السلم لا يجبر على قبول القيمة، وإن قصّر فى الوصف، وترك شيئًا مما يشرط فى السلم أجبرت على قبول القيمة، وهو قول زفر. ولو تزوّجها على بيت، فاسم البيت فى عرفنا ينصرف إلى المبنى من المدر، وإنه لايصلح صداقًا إذا لم يكن بعينه. وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: إذا تزوّجها على ألف رطل خل، فإن كان الغالب فى ذلك البلد خلُّ التمر فهو عليه [وإن كان الغالب خلّ الخمر، فهو عليه][1].

٣٧٩٩- وكذلك لو تزوّجها على كذا رطل لبن، فهو على الغالب من ذلك، وإن لم يكن واحد منها غالبًا، فلها مهر المثل؛ لأنّ هذين جنسان[2]، ألا ترى أنه لو اشتراه على أنه خلّ خمر، فإذا هو خلّ تمر كان البيع فاسدًا.

---

(١) أثبت من "ب" و "م".

(٢) وفى "م": جنس مختلفات.

٣٨٠٠- ولو تزوّجها على كرّ تمر، فلها كرّ تمر وسط، قال: هذا جنس واحد.

٣٨٠١- وفي "المنتقى": قال محمد رحمه الله تعالى: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا تزوّج امرأة على ماله من الحق في هذه الدار، قال: أفرض لها مهر المثل، إلا إذا جاوز به قيمة الدار، وفي قولنا لها ما كان له من الحق في الدار لا غير إذا بلغ ذلك عشرة.

٣٨٠٢- وفي "المنتقى" أيضًا: عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إذا تزوّجها بنصيبه من هذه الدار، فلها الخيار إن شاءت أخذت النصيب، وإن شاءت أخذت مهر المثل، لا يجاوز به قيمة الدار. وفيه أيضًا: إذا تزوّجها على دراهم، ولم يسم كم هي، فلها مهر مثلها، قال: ولايشبه هذا الخلع، ولو قال: تزوّجتك على ثوب يساوي خمسين درهمًا، فلها مهر المثل. وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا تزوّجها على قيمة هذا الثوب، فلها مهر المثل.

٣٨٠٣- إبراهيم بن هراسة عن محمد رحمه الله تعالى: إذا تزوّجها على ألف، فهذا على الأقرب إلى مهر مثلها من الدراهم والدنانير، وإذا تزوّجها على ألف دينار، ولم يسمّ نيسابوريًا، أو بخاريًا، أو ملكيًا، فقد قيل: يجب مهر المثل؛ لأنّ اسم الدينار يقع على جميع هذه الأنواع، فكان المسمّى مجهولا، وقيل: لها الوسط، وهو البخاري؛ لأنّ هذه نوع جهالة، فلا يمنع صحّة التسمية، وينصرف إلى الوسط[1]، كما في العبد والثوب الهروي. وفي "الجامع الأصغر": إذا تزوّجها على ألف درهم، وفي البلد نقود مختلفة، ينصرف إلى الغالب، وإن لم يكن نظر[2] إلى مهر مثلها وإلى تلك النقود، فإن وافق مهر المثل حكم لها به.

نوع آخر:

٣٨٠٤- وإذا تزوّجها على ناقة من إبله هذه، فلها مهر مثلها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يعطيها ما شاء من تلك الإبل. روى عنهما بشر في "نوادره"، وكذا لو تزوّجها على ملء هذا البيت، أو هذا الجوالق[3]، أو هذا الزنبيل حنطة، فلها مهر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لها

---

(١) وفي "م": وينصرف إلى الوسط، وعلى قياس المسألة التي قبلها، وبعدها يجب أن يقال: هو على أقوالها إلى مهر مثلها.

(٢) وفي "ظ": نظير.

(٣) الجوالق -بكسر الجيم واللام، وبضم الجيم وفتح اللام، وكسرها- معناه: وعاء، كذا في "القاموس المحيط" للفيروزآبادي.

المسمّى، فإن ضاع الزنبيل أو الجوالق صدق فى مقداره.

٣٨٠٥- قال فى "البقالى" عقيب مسألة الزنبيل: وكذلك لو تزوّجها بوزن هذا الحجر، أو بقيمة هذا العبد، أو بجميع ما يملك، أو على مهر فلانه. وإن تزوّجها على حكمها، أو حكم أجنبى، أو حكمه[1] فالتسمية فاسدة، فبعد ذلك ينظر إن شرط حكمه فحكم بمهر المثل أو أكثر، فلها ذلك، وإن حكم بالأقل، فلها مهر المثل، إلا أن ترضى المرأة، وإن شرط حكمها، وحكمت بمهر المثل أو أقل، فلها ذلك، وإن حكمت بالأكثر، فلها مهر المثل، إلا أن يرضى به الزوج، وإن شرط حكم أجنبى، فإن حكم بأقل من مهر المثل لم يجز إلا برضى المرأة، وإن حكم بأكثر من مهر المثل لم يجز إلا برضى الزوج، وإن حكم بمهر المثل جاز حكمه، ولا يتوقف على الرضا.

نوع منه فيما إذا سمّى لها مالا، وضمّ إليه ما ليس بمال:

٣٨٠٦- قال فى "الأصل": إذا تزوّجها على ألف، وعلى أرطال معلومة من الخمر، فليس لها إلا الألف [لأنّ ذكر الخمر][2] جعل كالمعدوم، فكأنه تزوّجها على ألف، ولو تزوّجها على أقلّ من عشرة، وعلى أرطال من خمر معلومة، بأن تزوّجها على خمسة، أو على ستة أرطال معلومة من خمر، فلها تمام عشرة دراهم؛ لأن ذكر الخمر جعل كالمعدوم، فكأنه تزوّجها على خمسة.

٣٨٠٧- ولو تزوّجها على هذا الدنّ من الخمر، وقيمة الظرف عشرة، فعن محمد رحمه الله تعالى فى ذلك روايتان: أحدهما: أنه يجب لها الدّن لا غير؛ لأنه جمع بين ما يصلح مهراً وبين ما لا يصلح مهراً، فهو كما لو جمع بين الخلّ والخمر على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وفى رواية أخرى عنه: أنه يجب مهر المثل؛ لأنّ الظرف لا يقصد بالعقد، وإنما يقصد ما فيه، وقد لغت تسمية ما فيه[3]، فيلغو تسمية الظرف بطريق التبعية.

٣٨٠٨- إذا تزوّجها على ألف درهم، وعلى طلاق فلانة، وقع الطلاق على فلانة بنفس

---

(١) وفى "م": أو حكم الزوج.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) وفى النسخ التى عندنا: ما فى الظرف.

العقد، بخلاف ما إذا تزوّجها على ألف وعلى أن يطلق فلانة؛ لأنّ فى الفصل الأول أوجب الطلاق عوضًا بالعقد، والعوض ثبت بنفس العقد، وفى الفصل الثانى ما أوجب الطلاق عوضًا، وإنما شرط التطليق، فلا يقع الطلاق ما لم يطلّق.

٣٨٠٩- ثم إذا شرط التطليق ولم يطلّق فلانة، كان لها تمام مهر مثلها؛ لأنها إنما رضيت بالنقصان عن مهر المثل، ليحصل لها منفعة طلاق الضرة، فإذا لم يسلم لها ذلك كان لها تمام مهر مثلها.

٣٨١٠- كما لو تزوّجها على ألف درهم وكرامتها، أو تزوّجها على ألف درهم وعلى [أن يهدى لها هديّة، فلم يفِ بالشرط، والمعنى ما ذكرنا، وكذلك فى كل شرط لها فيه منفعة إذا لم يفِ الزوج بالمشروط، ولو تزوّجها على ألف درهم وعلى][1] طلاق ضرّتها فلانة، وعلى أن ردّت عليه عبدًا، وقع الطلاق بنفس العقد، وانقسم الألف والطلاق على بضعها وعلى العبد؛ وهذا لأنّ الزوج بذل شيئين: الألف والطلاق، والمرأة بذلت شيئين أيضًا: البضع، والعبد، فانقسم الطلاق والألف على البضع، وقيمة العبد، فإن كان قيمة العبد وقيمة البضع سواء، كان نصف [الألف ونصف][2] الطلاق عوضًا عن العبد ثمنًا، ونصف الألف ونصف الطلاق عوضًا عن البضع صداقًا لها، ويقسم البضع والعبد فى[3] الطلاق والألف أيضًا، وصار بمقابلة الطلاق نصف العبد ونصف البضع، وبمقابلة الألف نصف العبد ونصف البضع.

ويكون طلاق فلانة فى هذه الصورة بائنًا؛ لأنّ بمقابلة الطلاق نصف العبد ونصف البضع، فيكون طلاقًا بجعل، ثم إنما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق؛ لأنّ المجهول إذا انضمّ إلى المعلوم، فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة، وجعل الطلاق الذى ليس بمتقوِّم ولا بمتقدّر مقوّمًا ومقدّرًا بانضمام ما هو متقدّر ومقوّم إليه، فإن استحق العبد أو هلك قبل التسليم، رجع بخمسمائة حصة العبد، ورجع بنصف قيمة العبد أيضًا؛ لأنّ نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق، واستحقاق الجعل أو هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على ما كان ملتزما تسليمه.

٣٨١١- وإن كان تزوّجها على ألف وعلى أن يطلّق ضرّتها فلانة على أن ردّت عليه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبت من "ب".

(٣) وفى "ظ": على مكان فى.

عبدًا، فههنا لا يقع الطلاق على الضرّة ما لم يطلّقها، وصار نصف الألف صداقها، والنصف ثمن العبد إذا كان قيمة البضع وقيمة العبد على السواء، فبعد ذلك ينظر إن وفى لها الشرط بأن طلّق فلانة، فلها الخمسمائة لا غير، وإن لم يطلّق فلانة، فلها تمام مهر مثلها؛ لأنها إنما نقصت عن مهر المثل رغبة فى طلاق ضرّتها، فعند عدم حصول المرغوب كان لها تمام مهر مثلها.

نوع آخر فى الرجل يتزوّج المرأة على مهر فيوجد على خلاف ما سمّى:

٣٨١٢- قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا تزوّج امرأة على عبد معين، أو دن من خلّ معينة، أو شاة ذكية معينة [فوجد العبد حرّا، والخل خمرًا، والشاة ميتة][١]، فلها مهر المثل فى جميع ذلك. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: [التسمية صحيحة فى جميع ذلك، ولها فى مسألة العبد قيمة الحر المشار إليه إن كان عبدًا، وفى مسألة الشاة قيمة المشار إليها لو كانت ذكية، وفى مسألة الخمر مثل ذلك الدنّ خل وسط، هكذا ذكر فى "الأصل".

وفى "القدورى": ذكر أنّ على قول أبى يوسف فى مسألة العبد][٢] لها مثل ذلك الحر لو كان عبدا، ومثل ذلك الدنّ من خل وسط، ومثل تلك الشاة ذكية. وقال محمد رحمه الله تعالى: فى الحرّ والميتة كما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى، وفى الخمر كما قال أبو يوسف رحمه الله تعالى، وهذه المسألة فى الحاصل بناء على أصل معروف فى البيوع: أنّ الإشارة والتسمية[٣] إذا اجتمعتا، والمشار إليه من خلاف جنس المسمى، فالعبرة للتسمية، وأما إذا كان المشار إليه من جنس المسمى، إلا أنهما يختلفان وصفًا، فالعبرة للإشارة، بعد هذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الحرّ مع العبد، والخلّ مع الخمر جنسان مختلفان؛ لأنّ أحدهما مال يصلح صداقًا [والآخر ليس بمال ولا يصلح صداقًا][٤]، فتعلّق الحكم بالتسمية، والمسمى مال، واعتبرت الإشارة لبيان وصف المسمى، كأنه قال: على مثل هذا العبد عبد فى الوصف، وكذا فى الخلّ والشاة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبت من "م".

(٣) وفى "ف" و"ب": مع التسمية.

(٤) أثبت من "ظ" و"م".

ومحمد رحمه الله تعالى يقول : الخلّ مع الخمر جنسان مختلفان ؛ لأنّ المطلوب من كل واحد منهما غير المطلوب من الآخر فأما الحرّ مع العبد جنس واحد ؛ لأنّ منفعة الحرّ والعبد تحصل على نمط واحد، فكانت العبرة للإشارة، والمشار إليه لا يصلح مهرًا، فصار كأنه قال : تزوّجتك على هذا وسكت . وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول : اختلاف الجنس باختلاف الصورة والمعنى، وصورة الخلّ والخمر واحدة، فبقى معنى المجانسة من وجه، فلم يسقط حكم الإشارة، فيجب مهر المثل .

٣٨١٣- ولو سمّى حرامًا وأشار إلى حلال، بأن قال : تزوّجتك على هذا الخمر، وأشار إلى الخلّ، أو قال : تزوّجتك على هذا الحرّ، وأشار إلى حلال، بأن قال : تزوّجتك على هذا العبد، فلها المشار إليه فى ظاهر قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى اعتبارًا للإشارة . وروى محمد رحمه الله تعالى عن أبى حنيفة أنه يجب مهر المثل ؛ لأنه هزل بالتسمية، فسقط حكم التسمية أصلا . وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنّ لها المشار إليه . وعن محمد : أنّ لها المشار إليه، وفى رواية أخرى عنه أنّ لها مهر المثل، ولو جمع بين حرّ وعبد، أو خلّ وخمر، فقد روى أبو يوسف رحمه الله تعالى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى : أنّ لها الحلال المشار إليه لا غير . وفى رواية أخرى عنه : إذا كان الحلال أقلّ من مهر المثل، فإنه يبلغ مهر المثل، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : لها العبد وقيمة الحرّ لو كان عبدًا، وقال محمد : لها الحلال المسمّى لا غير .

٣٨١٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى : رجل تزوّج امرأة على شيء، وأشار إلى شيء بعينه، وسمّى شيئًا سواه، وكان جميعًا حلالا، فلها مثل الذى سمى، وإن كان أحدهما حرامًا، أما الذى سمّى، وأما المشار إليه، فلها مهر مثلها . قال : ولا يشبه[1] إذا كانا حلالين، أو كان أحدهما حرامًا، ومعنى قوله فى ابتداء المسألة : أشار إلى شيء بعينه وسمّى شيئًا سواه : وسمّى نوعًا آخر، والحاصل أنّ فى النوعين يعتبر المسمّى على ما ذكرنا، فإذا كانا حلالين يجب مثل المسمّى، وإذا كان أحدهما حرامًا يجب مهر المثل .

بيانه : إذا تزوّجها على هذا الثوب الهروى، فإذا هو مروى، فلها ثوب هروى مثل الجودة التى رأته، وكذا إذا تزوّجها على هذا الدنّ من الخلّ فإذا هو طلاء، فلها خلّ مثل تلك الطلاء . وإن قال على هذا الدنّ من الخمر فإذا هو خلّ، فلها مهر مثلها، قال : لأنى جعلته على

(١) وفى "التاتارخانية" : ولا يشبهه .

التسمية، إذ هما نوعان، وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله تعالى على ما ذكرنا. ولو تزوّجها على هذه الشاة الميتة، فإذا هى ذكية أو هى حية، قال هذا نوع واحد، فيقع العقد على المشار إليه، ولا يعتبر فيه التسمية، فإن كان المشار إليه ميتة، فلها مهر مثلها، وإن كان قد سمى ذكية، وإن كان المشار إليه ذكية أو حيّة، فلها ذلك، وإن كان قد سمّى ميتة.

٣٨١٥- ذكر الحسن عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "كتاب الاختلاف": إذا تزوّج امرأة على عبد وهو لا يعلم حاله[١]، فإذا هو حرّ، فلها قيمته، وإن كانت تعلم أنه حرّ، فلها مهر مثلها، وإن كان مدبرًا، أو مكاتبًا، أو أم ولد وهى تعلم ذلك أو لا تعلم، وكان مشكلا وقت العقد، فلها قيمته. وفى "نوادر إبراهيم[٢]" عن محمد رحمه الله تعالى: إذا تزوّج امرأة على هذه الشاة، فإذا هى خنزير، فلها مهر المثل فى قول أبى حنيفة، وقول أبى يوسف رحمهما الله تعالى: عليه قيمة شاة وسط. فى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: إنّ عليه شاة وسطًا.

٣٨١٦- وقال محمد فى [الإملاء][٣]: إذا تزوّجها على هذه الشاة فإذا هى خنزير، أو على هذا الخنزير فإذا هو شاة، وهى تعلم حال المشار إليه[٤]، فالنكاح على المشار إليه، ولايعتبر فيه التسمية، فبعد ذلك ينظر إن كان المشار إليه حلالا، فلها ذلك مهرًا، وليس لها غير ذلك، وإن كان حرامًا، فلها مهر مثلها. قال: ألاترى أنّ رجلا لو قال لآخر: أبيعك هذا الخنزير بألف، وأشار إلى الشاة، وهما يعلمان أنها شاة، فالبيع جائز، وكذلك إذا قال الرجل لغيره: أبيعك هذا الحرّ بألف، وأشار إلى عبد، وهما يعلمان أنه عبد، فالبيع جائز. وإن كان مشكلا فالبيع باطل فى قولهم.

٣٨١٧- وهذه المسألة مع أجناسها بناء على [أصل أنّ][٥] الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا، والمشار إليه من خلاف جنس المسمّى، إنما يتعلّق العقد بالمسمّى، إذا لم يعلم

---

(١) وفى "التاتارخانية": وهى لا تعلم حاله، لعله هو الصحيح.

(٢) و فى "ب" و "ف": وفى "نوادر ابن إبراهيم.

(٣) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: الأصل.

(٤) وفى "م" و "ب": وهى تعلم بحال المشار إليه.

(٥) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: على أن أصل الإشارة... إلخ.

المتعاقدان بحال المشار إليه [أما إذا علم المتعاقدان بحال المشار إليه][١]، فالعقد يتعلّق بالمشار إليه، ومسائل هذا الأصل مذكورة فى "الزيادات" فى باب الوكالة بالشىء يكون على غير[٢] ما أمر به.

٣٨١٨- وفى "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى: إذا تزوّج امرأة على أرض وحدّدها على أنّ فيها عشرة أجربة، فقبضتها المرأة فإذا هى ستة أجربة، وكان ذلك قبل أن يذرعها، فلها الخيار إن شاءت أخذت الأرض، ولا شىء عليه غيرها، وإن شاءت ردّت الأرض، وأخذت قيمتها فى ذلك الموضع، ولو كانت عشرة أجربة، فإن كانت المرأة قد باعت هذه الأرض، أو وهبتها وسلّمتها، ثم علمت أنها ستة أجربة فلا شىء لها غير الأرض؛ لأنّ الزوج يقول لها: ردِّى الأرض وخذى قيمة عشرة أجربة، وكذلك اللؤلؤة إذا انتقصت من وزنها، والثياب إذا انتقصت من [زراعها][٣]، ولو تكن باعتها، ولا وهبتها، ولكن غلب عليها دجلة أو نحوها من الأنهار، فجرى فيها وصارت مستهلكة، ثم علمت أنها ستة أجربة رجعت على الزوج بتمام قيمة الأرض، وكذلك إذا تزوّجها على عشرة أثواب هرويّة بأعيانها، على أنّ كل ثوب منها عشارى، فوجد كلها سباعيا، فهى بالخيار إن شاءت أخذتها، وإن شاءت ردّتها، وأخذت قيمتها لو كانت عشارية على مثل حالها التى هى عليه، فإن وجدت كلها عشارية إلا أنّ واحدة منها سباعيّة[٤]، فهى بالخيار إن شاءت أخذت الثياب ولا شىء لها غيرها، وإن شاءت أخذت الثياب العشارية وردّت الثوب الذى وجدته سباعيا، وأخذت قيمته لو كانت عشاريا على مثل رفعته وجودته.

٣٨١٩- وإذا تزوّج امرأة على أرض على أنّ فيها ألف نخلة وحدّدها، أو تزوّجها على دار وحدّدها على أنها مبنية بالآجرّ والجصّ والساج، فإذا الأرض لا نخل فيه، وإذا الدار لا بناء فيها فهى بالخيار إن شاءت أخذت الدار والأرض، ولا شىء لها غير ذلك، وإن شاءت أخذت مهر مثلها، وإن طلّقها قبل أن يدخل بها لا شىء لها[٥] إلا نصف الأرض ونصف الدار [على ما

---

(١) أثبت من "ظ" و"م".

(٢) وفى "ف": على عين ما أمر به.

(٣) هكذا فى "ب" و"م"، وكان فى الأصل و"ظ": رواجها.

(٤) وفى "ب" و"ف": إلا واحدة منها، فإنها سباعية، فهى بالخيار.

(٥) وفى النسخ الموجودة عندنا: قبل أن يدخل بها لم يكن لها إلا نصف الأرض.

وجدَتها عليه، إلا أن تكون أكثر من ذلك فيكون الخيار للمرأة، إن شاءت أخذت نصف الأرض أو نصف الدار][1]، ولا شيء لها غير ذلك، وإن شاءت أخذت المتعة.

نوع آخر فى الشروط فى المهر:

٣٨٢٠- إذا تزوّج امرأة على ألف درهم، أو على ألفى درهم، فالنكاح جائز، ويحكم مهر المثل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، فإن كان مهر مثلها ألفًا أو أقل، فلها الألف، وإن كان ألفين أو أكثر، فلها ألفان، وإن كان أكثر من ألف وأقل من ألفين، فلها مهر مثلها. والحاصل أنّ عنده لا ينقص عن الأقل، ولا يزاد على الأكثر، وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لها الألف فى الوجوه كلها.

وهذه المسألة بناء على أنّ الموجب الأصلى فى باب النكاح عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى مهر المثل، وإنما يصار إلى المسمّى عند صحة التسمية من كل وجه، وعندهما الموجب الأصلى المسمّى، وإنما يصار إلى مهر المثل عند فساد التسمية من كل وجه، وعلى هذا الأصل مسألة ذكرها محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الكبير".

٣٨٢١- وصورتها: إذا تزوّج امرأة على ألف حالّة، أو على ألف إلى سنَة، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى يحكم مهر المثل، فإن كان مهر مثلها ألف درهم أو أكثر، فلها الألف حالّة، وإن كان أقل من الألف، فلها الألف إلى سنَة، وعلى قولهما: لها الألف إلى سنَة على كل حال؛ وهذا لأنّ تأثير الأجل فى نقصان المالية، ولهذا كان التجار يشترون بالنقد بأقلّ مما يشترون بالنسيئة، ولما كان هكذا كان التزوّج على ألف حالّة أو ألف نسيئة، بمنزلة التزوّج على ألف أو ألفين، وهناك الجواب على الاختلاف [كذا ههنا][2].

٣٨٢٢- ولو كان تزوّجها على ألف حالّة أو على ألفين إلى سنَة، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى: إن كان مهر مثلها ألفى درهم أو أكثر، كانت المرأة بالخيار إن شاءت أخذت ألفى درهم إلى سنَة، وإن شاءت أخذت ألفًا حالّة؛ لأنّ المرأة رضيت بالنقصان عن مهرها على كل حال. بعد هذا نقول: الألف أُزيد وصفًا، وأُنقص قدرًا، والألفان أُزيد قدرًا وأُنقص وصفًا، لما مرّ أنّ المؤجل أنقص من الحالّ، والإنسان مرة يختار هذا التعجّل، ومرة يختار ذلك

(١) أثبت من "ب" و "ظ" و "م".

(٢) أثبت من "ف" و "ب" و "م".

لكثرته، وإن كان مهر مثلها أقلّ من ألف، فالخيار إلى الزوج يعطيها أىّ المالين شاء؛ لأنه التزم إحدى الزيادتين، وكان له الخيار كما فى جانب المرأة، وإن كان مهر مثلها أكثر من ألف، وأقلّ من ألفين، فلها مهر مثلها فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، لما ذكرنا أنه إنما يعدل عن مهر المثل عنده عند استقرار التسمية، وعندهما الخيار إلى الزوج فى الوجوه كلها؛ لأنه لا يلزمه [إلا](١) الأقل، والأقل مما يختاره الزوج.

فرّق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين الخلع على ألف أو ألفين، والإعتاق على ألف أو ألفين، فإن هناك جوابه كجوابهما، والفرق: أنه ليس للخلع موجب أصلى فيصار إليه، فيجب المتيقَّن من المسمّى، والنكاح له موجب أصلى، وهو مهر المثل لا يعدل عنه [إلا بعد](٢) استقرار التسمية.

٣٨٢٣- إذا تزوّجها على ألف إن لم يكن له امرأة، وعلى ألفين إن كانت له امرأة، أو على ألف إن لم يخرجها من البلدة، وعلى ألفين إن أخرجها من البلدة، فالنكاح جائز، والمعتبر فى المهر الشرط الأول، فإن وفى به، فلها المسمّى على ذلك الشرط، وإن لم يفِ، فلها مهر المثل لا ينقص عن الأقل، ولا يزاد على الأكثر، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: الشرطان جائزان. وفى "فتاوى أهل سمرقند": إذا تزوّج امرأة على ألف إن كانت قبيحة، وعلى ألفين إن كانت جميلة [فإن كانت جميلة، فلها ألفان، وإن كانت قبيحة](٣)، فلها ألف، وهذا بلاخلاف.

٣٨٢٤- فرّق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين ما إذا تزوّجها على ألف إن أخرجها من البلدة، وعلى ألفين إن لم يخرجها، فإنّ الشرط الأول جائز عنده، والشرط الثانى فاسد. والفرق: أنّ فى مسألة الإخراج دخلت المخاطرة فى التسمية الثانية، فإنه لا يدرى أنّ الزوج يخرجها أو لا يخرجها، وفى مسألة القبح والجمال لا تدخل المخاطرة أصلا، فإنّ المرأة على صفة واحدة قبيحة كانت أو جميلة، لكن الزوج لا يُعرف، وجهالته [لا يوجب الخطر](٤).

---

(١) أثبت من "ف" و "م".

(٢) هكذا فى "ب" و "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ": عند.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) أثبت من باقى النسخ التى عندنا.

٣٨٢٥- وذكر نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى في "شرح الشافي"[١] : أنّ من تزوّج امرأة على ألف إن كانت عجميّة، وعلى ألفين إن كانت عربيّة، وجعلها بمنزلة شرط الإخراج من البلدة، وما ذكرنا من الفرق يشكل بهذه المسألة. إذا تزوّجها على هذا العبد [أو على هذا العبد][٢]، يحكم مهر مثلها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فإن كان مهر مثلها مثل أدونهما قيمة، فلها الأدون، إلا أن يرضى الزوج بالأرفع، وإن كان مثل أرفعهما قيمة، فلها الأرفع، إلا أن ترضى المرأة بالأدون، وإن كان فيما بين ذلك، فلها مهر المثل.

٣٨٢٦- وفي "المنتقى": إذا قال لامرأة: أتزوَّجكِ على ألف درهم على أن تزوّجيني فلانة[٣] بمهر من عندك، تعطيه إيّاها فتزوَّجها على ذلك، كان النكاح بحصّتها من الألف إذا قسّم على مهر مثلها، وليس عليها أن تزوِّجه فلانه، ولو قال: أتزوَّجكِ على ألف درهم على أن تزوّجيني فلانة بألف، فقبلت ذلك وتزوّجت، فهذه امرأة قد تزوّجت بغير مهر مسمّى، فلها مهر مثل نساءها، كرجل تزوّج امرأة على ألف على أن تردّ عليه ألف درهم. ولو أنّ المرأة التي شرط نكاحها زوَّجت نفسها بخمسمائة، جاز نكاح الأولى على ما وصفت لك بغير مهر مسمّى.

٣٨٢٧- وفيه أيضًا: لو تزوّج امرأة على أن يهب لأبيها ألف درهم، فهذا الألف لايكون مهرًا، ولا يجبر على أن يهب ولها مهر مثلها، وإن سلّم الألف، فهو للواهب، وله أن يرجع فيها إن شاء، ولو قال: على أن أهب له عنك ألف درهم فالألف مهر، إن طلّقها قبل الدخول وقد دفع[٤] الهبة رجع عليها بنصف ذلك، وهي للواهبة. وفيه أيضًا: إذا تزوّجها على أن يعطيها عبد فلان فالنكاح جائز، والشرط باطل.

٣٨٢٨- روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل تزوّج امرأة على ألفين، ألف لها والألف لأبيها، أو قالت المرأة: زوَّجت نفسي منكَ على ألفين، ألف لي وألف لأبي، فذلك جائز والألفان لها. وعنه أيضًا: رجل زوّج ابنته من رجل على ألفي درهم، وأشهد على نفسه أنه زوّج فلانة من فلان بألفي درهم، على أنّ على ألف درهم من مالي، وعلى فلان ألف

---

(١) وفي "التاتارخانية": شرح السغناقي.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) وفي "ب": تزوجيني فلانة عليّ.

(٤) وفي "ب": في الهبة.

درهم فقبل الزوج ، فالمهر كله على الزوج ، والأب ضامن عنه ألف درهم ، فإن أخذت المرأة ذلك من أبيها ، أو من ميراثها كان للأب أو لورثته أن يرجع بذلك على الزوج ؛ لأنّ قول الأب [أنّ ألف درهم][١] من مالى بمنزلة الضمان من ذلك[٢] ، والزوج لما قبل العقد بالمهر فقد أجاز ذلك الضمان ، فصار كأنه أمره به .

٣٨٢٩- وفى "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله تعالى : أولياء المرأة إذا قالوا للذى يريد أن يزوّجها : زوّجناك على ألف درهم على أن مائة منها لك ، فهو جائز والمهر تسعمائة ، ولو قالوا : زوّجناك على ألف درهم على أنّ لنا خمسين ديناراً ، فالدراهم والدنانير كلها للمرأة . وعنه أيضًا : رجل تزوّج امرأة على خادم على أن يخدم الخادم الزوج ما عاش ، قال[٣] : إن كان مهر مثلها مثل قيمة الخادم أو أكثر ، فلها الخادم ، ولا خدمة للخادم للزوج . وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : رجل تزوّج امرأة على جارية على أنّ له خدمتها ما عاش ، أو ما فى بطنها ، قال : الجارية وما فى بطنها وخدمتها كلها للمرأة ، وكذلك الغنم لو قال على أنّ أصوافها لى ، فله الصوف استحسانًا .

٣٨٣٠- روى الحسن بن زياد فى "كتاب الاختلاف" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : رجل قال لامرأة : أتزوَّجكِ على ألف على أن أهب لكِ عبدى هذا ، فتزوّجها على ذلك ، قال : إن دفع الذى سمّى فهو مهرها ، وإن أبى أن يدفع لايجبر عليه ، وكان عليه مهر مثلها لا يجاوز بذلك الألف ، ولا قيمة العبد . وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى . روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : امرأة زوّجت نفسها من رجل على أن يبرأ فلانًا مما له عليه من الدَّين ، برئ فلان منه ، ولها على الزوج مهر مثلها ، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الأمالى" : إذا زوّج ابنته على أن يبرئه من الدَّين الذى له عليه ، أو زوّجت المرأة نفسها على أن يبرئها من الدَّين الذى له عليها وهو كذا ، فالبراءة جائزة ولها مهر مثلها .

---

(١) أثبت من "ب" و "ف".

(٢) وفى النسخ التى عندنا : لذلك.

(٣) وفى "ب" و "ف" و "م" : قال : إن كان مهر مثل المرأة مثل قيمة الخادم ، فلها مهر مثلها إلا أن يشاء الزوج أن يسلم لها الخادم بغير خدمة.

نوع منه فى الزيادة فى المهر وما هو فى معنى الزيادة:

٣٨٣١- الزيادة فى المهر صحيحة حال قيام النكاح، عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى خلافًا لزفر، والخلاف فيه نظير الخلاف فى الزيادة فى الثمن، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه. وفى "المنتقى": ذكر أبو سليمان عن أبى يوسف أنّ الزيادة فى المهر جائزة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وفى قول أبى يوسف لا يجوز.

٣٨٣٢- وفى "فتاوى أبى الليث": أنّ الزيادة فى المهر بعد هبة المهر صحيحة، وفى إكراه شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: أنّ الزيادة فى المهر بعد الفرقة باطلة، هكذا روى بشر عن أبى يوسف.

٣٨٣٣- وصورة ما روى بشر رحمه الله تعالى: أنّ الزيادة في المهر إذا طلّق امرأته ثلاثًا قبل الدخول بها أو بعده، ثم زادها فى المهر بعد ذلك لم تصح، وكذلك إذا انقضت عدّة المطلّقة طلاقًا رجعيًا، ثم زاد فى المهر بعد ذلك لا تصح الزيادة.

٣٨٣٤- وفى "القدورى": أنّ الزيادة فى المهر بعد موت المرأة جائزة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما لا يجوز.

٣٨٣٥- وفى "فتاوى أبى الليث": إذا وهبت المرأة مهرها من زوجها، ثم إن الزوج بعد ذلك أشهد أنّ لها عليه كذا من المهر، تكلّموا فيه، واختار الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى أنه يجوز إقراره؛ لأنه أمكن تجويز إقراره بأن يجعل الزوج زائدًا لها فى مهرها مقتضى هذا الإقرار، وأمكن جعله زائدًا لها، فإنّ الزيادة فى المهر بعد هبة المهر صحيحة.

٣٨٣٦- وإذا تزوّجها بألف درهم، ثم جدّد العقد بألفى درهم، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لا تثبت الزيادة [ويكون مهرها ألف درهم، وعلى قول محمد: تثبت الزيادة ويكون مهرها ألفى درهم، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرح نكاحه، وذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه: أنّ على قول أبى حنيفة تثبت الزيادة، وعلى قولهما: لا تثبت الزيادة][1]. وفى شرح مختصر الطحاوى: أنّ على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تثبت الزيادة [وعلى قول أبى يوسف لا تثبت الزيادة][2]. وفى إقرار المختصر لعصام: أنه لاتثبت الزيادة من غير ذكر خلاف.

---

(١) أثبت من النسخ التى توجد عندنا.

(٢) أثبت من "ب" و "ف" و "م".

٣٨٣٧- وإذا تزوّج امرأة على صداق فى السر، وسمع فى العلانية بأكثر من ذلك، فالمسألة على وجهين: الأول: أن يتواضعا عليه فى السر على مهر، ثم تعاقدا فى العلانية بأكثر، فنقول: إن كان ما تعاقدا عليه فى العلانية من جنس ما تواضعا عليه فى السر، إلا أنه أكثر مما تواضعا عليه فى السر، فإن اتفقا على المواضعة وأشهد الرجل عليها، أو على وليّها أنّ المهر هو المسمّى فى السر، والزيادة سمعة، فالمهر ما تواضعا عليه فى السر. وإن اختلفا فادّعى الزوج المواضعة فى السر على ألف، وأنكرت المرأة المواضعة على ذلك، فالمهر هو المسمّى فى العقد، ويكون القول قول المرأة إلا أن تقوم[١] للزوج بيّنة.

٣٨٣٨- ذكر ابن سماعة فى "نوادره" عن محمد رحمه الله تعالى: إذا أشهد الزوج فى السر على نفسه أنّ المهر الذى يريد أن يتزوّج عليه ألف، ثم أشهد على نفسه من الغد بألفين، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: المهر ألفان. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا شهد الشهود أنه قد أشهدنا فى السر أنّ المهر ألف، وأنه يسمع بألفين، فالمهر ألف، قالوا: هذا خلاف ما حكى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى "الأصل"، وإن كان ما تعاقدا عليه فى العلانية من خلاف جنس ما تواضعا عليه، فإن لم يتّفقا على المواضعة، فالمهر هو المسمّى فى العقد، وإن اتفقا على المواضعة ينعقد النكاح بمهر المثل.

٣٨٣٩- [وفى "كتاب الإكراه": وإذا تواضعا الرجل والمرأة فى السر أنّ المهر دنانير، وتزوّجها فى العلانية على أنه لا مهر لها، كان مهرها الدنانير التى تواضعا عليه فى السر؛ لأنه لم يوجد ما يوجب الاعتراض على تلك الدنانير، لأنّ مهر المثل لم يصر مذكوراً مقتضًى عند النكاح؛ لأنه يبقى المهر، فهو كمن باع بغير ثمن، لم يوجد ما يوجب الاعتراض عن ما تواضعا عليه، صارت الدنانير التى تواضعا عليه صارت مذكوراً فى النكاح يتوقف، فصار كأنه تزوّجها على الدنانير.

٣٨٤٠- وإن تزوّجها فى العلانية على أن لا يكون الدنانير مهرًا لها، أو تزوّجها فى العلانية وسكت عن المهر، انعقد النكاح بمهر المثل فى الوجهين جميعًا][٢].

٣٨٤١- الوجه الثانى: أن يتعاقدا عليه فى السر على مهر، ثم أقرّا فى العلانية بأكثر من ذلك، فإن اتفقا على ما تواضعا فى السر، أو أشهدا أنّ الزيادة سمعة فى العلانية، فالمهر ما هو

(١) وفى "ظ": تكون.

(٢) أثبت من "م".

المذكور عند العقد فى السر ، فأما إذا لم يشهدا أنّ الزيادة فى العلانية سمعة ، ذكر شمس الأئمة السرخسى أنّ على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى المهر مهر العلانية ، ويكون هذا منه زيادة لها فى المهر ، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : المهر هو الأول . وفى " شرح مختصر الطحاوى " : أن على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى المهر هو الأول ، وعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى المهر مهر العلانية ، ويكون زيادة على المهر الأول ، سواء كان من جنسه أو من خلاف جنسه ، غير أنه إن كان من خلاف جنسه فجميعه يكون زيادة على المهر الأول ، وإن كان من جنسه فبقدر الزيادة على المهر الأول يكون زيادة . وذكر ابن سماعة فى " نوادره " عن محمد رحمه الله تعالى فى هذه الصورة : أنّ المهر هو الأول فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ، وإنما تتأكد الزيادة إما بالدخول بها ، أو بالخلوة الصحيحة ، أو بموت أحدهما ، حتى لو وقعت الفرقة بينهما قبل وجود واحد من هذه الأشياء بطلت الزيادة ، ويتنصّف الأصل دون الزيادة . ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى أنهما إذا تعاقدا فى السر بألف ، وأظهرا فى العلانية خلاف ذلك ، ثم اختلفا فقال الزوج : ما أقررت به فى العلانية هزل ، وقالت المرأة : لا ، بل جدّ ، فالقول قول المرأة ، والمهر هو المذكور فى العلانية ، إلا أن تقوم للزوج بيّنة على ما ادّعى .

٣٨٤٢- إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : امرأة قالت لرجل : زوَّجتكَ [نفسى][1] على ألف ، فقال الزوج : قبلت النكاح بألفين ، فالنكاح جائز على ألفين ، كأنه زادها ألفًا .

٣٨٤٣- إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : رجل زوّج أمَته من رجل على مهر معلوم ، ثم أعتقها ، ثم زادها الزوج فى المهر شيئًا معلومًا ، فالزيادة للمولى ؛ لأنّ الزيادة فى أصل النكاح . وروى ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : أنّ الزيادة لها ، ولا أجبر الزوج على دفع الزيادة إلى المولى ، وإن باعها فالزيادة للمشترى ، ولا أجبر الزوج على دفع الزيادة إلى المولى ؛ لأنّ الزيادة بمنزلة هبة مبتدأة معنى .

٣٨٤٤- وفى " فتاوى الفضلى " : إذا طلّق امرأته ، ثم راجعها فقال لها : زدت فى مهرك ، لا يصلح لمكان الجهالة ، ولو قال لها : راجعتك بمهر ألف درهم ، فإن قبِلت المرأة ذلك صحّ وما لا فلا ؛ لأنّ هذه الزيادة فى المهر ، فيتوقف على قبولها .

٣٨٤٥- قال محمد رحمه الله تعالى فى " الجامع " : حرّ تزوّج أمَة بغير إذن مولاها على

---

(١) هكذا فى النسخ الموفرة لنا ، وكان فى الأصل : ابنتى.

مائة درهم، فقال الزوج للمولى: أجز النكاح، فقال المولى: أجزته على أن تزيد فى الصداق خمسين درهمًا، فإن رضى الزوج بذلك صحّ وتثبت الزيادة، وإن لم يرضَ به لا تثبت الإجازة.

٣٨٤٦- والأصل فى جنس هذه المسائل: أنّ تعليق الإجازة فى النكاح الموقوف بقبول الزوج زيادة مال على المسمى صحيح، وكذلك بقبول مال آخر سوى المسمّى، وتعليقها بسائر الشروط لا يصح؛ وهذا لأنّ الإجازة لها حكم ابتداء العقد على ما عرف فى مواضع كثيرة، وتعليق أصل العقد بقبول الزوج المال صحيح، ولا يصح تعليقه بسائر الشروط، فكذا تعليق الإجازة.

٣٨٤٧- إذا ثبت هذا، جئنا إلى تخريج المسألة فنقول: المولى أثبت الإجازة معلقة بشرط رضا الزوج بزيادة خمسين درهمًا؛ لأنّ كلمة على شرط، وقد صحّ التعليق لما ذكرنا، فإن رضى الزوج بالزيادة، تثبت الإجازة لوجود شرطها، قال: ولا يكون كلام المولى ردا للعقد بمائة، حتى لو أجاز النكاح بمائة قبل رضاء الزوج بالزيادة صحّ، ولو ردّه ينفسخ؛ لأنّ هذا التماس الزيادة فى الصداق، وذلك[1] يقتضى تقرير الأصل لا ردّه.

٣٨٤٨- وكذلك الجواب فيما إذا قال المولى: لا أجيز النكاح إلا بزيادة خمسين درهمًا، أو قال: لا أجيز النكاح حتى يزيد لى خمسين درهمًا، ولو قال: لا أجيز النكاح ولكن زدنى خمسين درهمًا [أو قال: لا أجيزه، أو أجيزه إن زدتنى خمسين درهمًا][2]، كان هذا من المولى بقضاء للنكاح، حتى لو أجازه بعد ذلك بالمائة لا يجوز، وكل جواب عرفته فى المولى مع الأمَة، فهو الجواب فى الولى يزوّج المرأة البالغة بغير أمرها، فبلغها فتجيز فى [جميع][3] ما بيّنا.

٣٨٤٩- وفى "الجامع" أيضًا: أمَة منكوحة أُعتقت حتى يثبت لها الخيار [على ما يأتى بعد هذا بيانه -إن شاء الله تعالى-][4]، فقال لها زوجها: زدتكِ فى صداقكِ خمسين درهمًا

(١) وفى "م": وذكر الزيادة يقتضى. . . إلخ.

(٢) أثبت من "ب" و"ظ".

(٣) هكذا فى النسخ الموفّرة لنا، وكان فى الأصل: غير مكان جميع.

(٤) هكذا فى "ب" و"ف" و"م".

على أن تختارينى ففعلت ، صحّ الاختيار وتثبت الزيادة [وتكون الزيادة][١] للمولى .

٣٨٥٠- وبمثلها لو قال لها : لكِ علىّ خمسون درهمًا على أن تختارينى ، ففعلت فلا شىء لها ، وبطل خيارها ؛ لأنّ فى الوجه الأول جعل الخمسين بإزاء بضعها ، فإنه جعله زيادة فى الصداق ، ولكن علق هذا الجعل باختيارها زوجها ، وفى النكاح إذا وجد الاختيار تثبت الزيادة عوضًا عن منافع بضعها لالتحاقها بأصل العقد ، ولا كذلك فى الوجه الثانى ؛ لأنّ فى الوجه الثانى ما جعل الخمسين بإزاء البضع ، وإنما جعله بإزاء اختيارها زوجها ، وإنه غير مستقيم [لأنّ اختيارها زوجها ليس بمال ، والتزام المال بمقابلة ما ليس بمال غير مستقيم][٢] .

٣٨٥١- وفى نكاح "المنتقى" : رجل ادّعى نكاح امرأة وهى تجحد ، ثم إنّ الزوج مع المرأة اصطلحا على أن أعطاها ألف درهم ، على أن أجازت له النكاح الذى ادّعى فهو جائز ، وكذلك إذا قال لها : أزيدكِ مائة على أن تقرّى بالنكاح ففعلت ، فإن وجد بيّنة على أصل النكاح الأول ، لم يكن له أن يرجع فى المائة ؛ لأنها بمنزلة الزيادة فى المهر ، والبيع نظير النكاح ؛ لأنّ الزيادة فى الثمن صحيحة كالزيادة فى المهر ، ولو كان هذا منه فى الطلاق ، بأن ادّعت امرأة على زوجها أنه طلّقها بألف درهم ، وأنها نقدته المال ، فجحد الزوج ، فصالحته على مائة أخرى على أن يقرّ بالطلاق بالجعل [الأول][٣] ففعل ، ثم إنها وجدت بيّنة على الطلاق بالجعل الأول ، فلها أن ترجع بالمائة ؛ لأنّ الزيادة فى جعل الطلاق بعد وقوعه لا يصح ، والصلح فى القصاص [والعتاق كالصلح فى الطلاق][٤] ، والكتابة كالبيع ، يعنى إذا ادّعى المملوك الكتابة .

نوع آخر فى المرأة تمنع نفسها بمهرها والتأجيل فى المهر، وما يتعلق به:

٣٨٥٢- قال الكرخى رحمه الله تعالى : وللمرأة أن تمنع الزوج من الدخول بها حتى يوفّيها جميع المهر .

---

(١) أثبت من النسخ التى توجد عندنا.

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

(٣) هكذا فى "ب" ، وكان فى النسخ الموفرة لنا : أن يقر بالطلاق وبالجعل ففعل.

(٤) هكذا فى النسخ التى عندنا ، وكان فى الأصل : والطلاق كالصلح فى العتاق.

٣٨٥٣- قال : وليس للزوج أن يمنعها من السفر ، والخروج من منزله ، وزيارة أهلها حتى يوفّيها المهر .

٣٨٥٤- وإن كان المهر مؤجلا لم يكن لها أن تمنع نفسها منه ، وله أن يمنعها من السفر ، وزيارة بعض أهلها بغير إذنه . قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : القياس كذلك كما فى البيع ، لكن استحسنا ، وقلنا : لها أن تمنع نفسها منه ، وليس له أن يمنعها من السفر ، وزيارة بعض أهلها حتى يوفّيها المهر ، قال : وليس هذا كالبيع ، وهذا آخر أقواله . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إذا كان بعض المهر حالا وبعضه مؤجلا ، فله أن يدخل بها إذا أعطاها الحالّ .

٣٨٥٥- وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : إذا كان المهر مؤجلا ، فلم يدخل بها الزوج حتى حلّ الأجل ، فمنعت نفسها عن الزوج حتى يوفّيها المهر ، فليس لها ذلك من قِبل أن أصله لم يكن حالا ، ثم لا خلاف لأحد أنّ تأجيل المهر إذا كان إلى غاية معلومة نحو شهر أو سنة ، أنه صحيح ، وإن كان لا إلى غاية معلومة ، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، بعضهم قالوا : لا يصحّ ، وبعضهم قالوا : يصحّ ، وهو الصحيح ؛ وهذا لأنّ الغاية معلومة فى نفسها ، وهو الطلاق أو الموت ، ألا ترى أنّ تأجيل البعض صحيح وإن لم يتّفقا على غاية معلومة نحو الشهر أو السنَة ، وإنما صحّ بالطريق الذى قلنا .

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى : وفى عرف ديارنا ليس للمرأة أن تمنع نفسها من زوجها حتى تستوفى جميع المهر ؛ لأنّ فى عرفنا البعض معجّل ، والبعض مؤجل ، والمعجّل يسمى دست پيمان ، والمؤجل يسمى كابين كردنى ، والمعروف كالمشروط ، فإن بيّنا مقدار المعجّل ومقدار المؤجل فهو على ما بيّنا ، وإن لم يبيّنا شيئًا ينظر إلى المسمّى وإلى المرأة ، وإنّ مثل هذه المرأة كم يكون لها من مثل هذا المسمّى معجّلا ، وكم يكون لها مؤجلا فى العرف ، فيقضى بالعرف وما ذكر فى "مجموع النوازل" : أنه يقضى لها بنصف المهر معجّلا ، فإنما ذلك بناء على عُرف أهل سمرقند أنهم يعجلون النصف من المسمّى ، وهو اختيار الفقيه أبى الليث رحمه الله تعالى ، إلا أنّ ذلك يختلف باختلاف البلاد ، والصحيح ما ذكرنا ، فإن شرطا تعجيل الكل [فى العقد ، فهو كما شرطا ووجب تعجيل الكل][1] ، إذ لا معتبر بدلالة العرف إذا جاء الصريح بخلافها .

٣٨٥٦- ولو دخل الزوج بها أو خلا بها برضاها ، فلها أن تمنع نفسها منه ، وتمنعه عن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

السفر بها حتى يستوفى جميع المهر على جواب الكتاب والمعجّل فى عُرف ديارنا. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: ليس لها ذلك، وأجمعوا على أنه لو دخل بها وهى كارهة، أو دخل بها وهى صغيرة أو مجنونة أنه لا يبطل حقها فى المنع فى الحبس، فوجه قولهما أن المعقود عليه صار مسلّمًا بالوطأة الواحدة، ألا ترى أنّ المهر كلّه يتأكد بوطأة واحدة، فلو ثبت لها حق المنع تصير مستردة، والثابت لها حق المنع عن التسليم، لا حق الاسترداد بهذا التسليم. ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى: أنّ المستوفى بالوطء وإن كثر فهو مستحق بعقد النكاح، ولايجوز إخلاءه عن العوض إبانة لخطره، إلا أنّ فى حق تأكد المهر أقيم وطأة واحدة مقام جميع الوطئات؛ لأنه لا يمكن تأكيده بعدده، لأنه لا يعرف مقدار عدده، ولكن إذا وجد وطئات أخر، فالبدل يقابل الكل، فكانت ممتنعة عن تسليم مقابلة البدل لا مستردّة، وكان الفقيه أبو القاسم الصفار رحمه الله تعالى يفتى فى السفر بقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وفى [منع النفس][1] بقولهما، واستحسن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى اختياره.

٣٨٥٧- فى "العيون": إذا تزوّج امرأة على ألف درهم إلى سنَة، فأراد الزوج الدخول بها قبل السنَة قبل أن يعطيها شيئًا، فإن كان شرط الزوج فى العقد أن يدخل بها قبل السنَة فله ذلك، وليس لها أن تمنع نفسها منه بلا خلاف، وإن لم يشترط ذلك، فكذلك فى قول محمد رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف: ليس له ذلك استحسانًا[2]، وقد مرّ هذا. قال الصدر الشهيد: وبهذا يفتى، وإنه حسن. قال محمد رحمه الله تعالى: وفى ديارنا إذا أدّى المعجّل، ولم يؤد المؤجل، فله أن يبنى بها بلا خلاف؛ لأنّ الدخول عند أداء المعجل مشروط عُرفا، فصار كما لو كان مشروطًا نصّا، فأما إذا كان الكل مؤجلا، فالدخول غير مشروط لا عُرفًا ولا نصّا، فلم يكن له أن يبنى بها على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى استحسانًا.

٣٨٥٨- قال القدورى فى "كتابه": قال أبو يوسف: لو كان المهر حالا فأخرته هذه المدة[3]، فأراد الدخول بها قبل مضى المدة فليس له ذلك، ولها أن تمنع نفسها منه، هذا مستقيم على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى استحسانًا؛ لأنّ الأجل لو كان مقارنًا للعقد،

---

(١) هكذا فى "ب" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل: المنع.

(٢) وفى "ف" و"م" و"ب": وعلى قول أبى يوسف: ليس له ذلك، ولها أن تمنع نفسها منه استحسانًا.

(٣) وفى "التاتارخانية" فأخرته مدة.

كان لها أن تمنع نفسها منه على قوله استحسانًا، فكذا إذا كان طارئًا. وذكر فى "المنتقى" أنّ الزوج إن كان شرط الدخول قبل مضى المدّة فله ذلك، وإن لم يشترط الدخول قبل مضى المدة فليس له ذلك إلا برضاها، وهذا مستقيم على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى استحسانًا.

٣٨٥٩- وفى "المنتقى" أيضًا: إذا كان المهر حالا، فأحالت عليه غريمًا لها بالمهر، فلها أن تمنع نفسها منه حتى يأخذ غريمها بمنزلة وكيلها. ولو أنّ الزوج أحالها بالمال على غريم له على أن أبرأته منه، ففى القياس له أن يدخل بها، وفى الاستحسان [ليس له أن يدخل بها][1] حتى يأخذ المهر، وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى روايتان، روى الحسن بن زياد عنه أنّ له أن يدخل بها قبل ذلك، وروى الحسن بن أبى مالك عنه أنه ليس له ذلك، ولو باعها بالمهر متاعًا، فلها أن تمنع نفسها منه حتى تقبض المتاع. وقال أبو يوسف: إذا قبضت المهر فإذا هو زيوف، أو دراهم لا تنفق، فلها أن تمنع نفسها منه حتى يبدلها. ولو كان دخل بها برضاها، ثم وجدت المهر المقبوض زيوفًا، أو ما أشبه ذلك، أو كان متاعا اشترت منه وقبضته، فاستحق بعد ما دخل بها، فليس لها أن تمنع نفسها منه؛ لأنّ من أصله أنها لو سلّمت نفسها من غير قبض ليس لها منع حق المنع والحبس، فهنا أولى.

٣٨٦٠- وفى "واقعات الناطفى": إذا زوّج ابنته البكر البالغة، فأراد أبوها التحول إلى بلد آخر بعياله، فله أن يحملها معه، وإن كره الزوج ذلك إذا لم يكن أعطاها المهر، وإن كان قد أعطاها المهر، فليس له ذلك إلا برضى الزوج.

٣٨٦١- فى "فتاوى أهل سمرقند": بأنّ صغيرة زُوِّجت وذهبت إلى بيت زوجها بدون أخذ تمام مهرها، كان لمن كان حق بإمساكها قبل التزوّج، أن يمنعها حتى يأخذ جميع المهر [ويأخذ من][2] له حق الأخذ؛ لأنّ هذا الحق لأب الصغيرة لو بطل بطل برضاها[3]، وهى ليست من أهل الرضا.

٣٨٦٢- ولو زوّج العم بنت أخيه وهى صغيرة بصداق مسمّى، وسلّمها إلى الزوج قبل قبض جميع الصداق، فالتسليم فاسد، وتردّ إلى بيتها؛ لأنه ليس للعم ولاية إبطال حقها.

---

(١) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل و"ظ": لا يدخل حتى يأخذ... إلخ.

(٢) هكذا فى النسخ المتوفرة عندنا، وكان فى الأصل: وله حق الأخذ... إلخ.

(٣) وفى "ب" و"ف": وهذا لأن الحق ثابت للصغيرة، لو بطل، بطل... إلخ.

وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى" : وإذا أراد الزوج أن يُخرج المرأة من بلد إلى بلد آخر، وقد أوفاها مهرها، فجواب الكتاب أنّ له ذلك، واختيار الفقيه أبى الليث على أنّ ليس له ذلك، ولو أراد أن يخرجها من البلد إلى القرية، أو من القرية إلى البلد فله ذلك. وفى "المنتقى" : إذا تزوّجها على أن ينقدها ما تيسّر عليه، والباقى إلى سنَة، قال: كله إلى سنَة، إلا أن تقيم بيّنة أن تيسّر عليه شيء من ذلك كله فيأخذه. طلّق امرأته طلاقًا رجعيًا، ثم راجعها، هل لها أن تطالب الزوج بالمهر المؤجّل؟ فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، وكذلك لو ارتدّت -والعياذ بالله تعالى- ثم أسلمت، وأجبرت على النكاح، هل لها أن تطالبه ببقيّة المهر؟ فيه اختلاف المشايخ -والله أعلم-.

نوع آخر فى وجود العيب فى المهر وفى تغيّره من وصف إلى وصف:

٣٨٦٣- ويرد الصداق بالعيب الفاحش، وهل يرد بالعيب اليسير؟ إن لم يكن من ذوات الأمثال لا يرد، وإن كان من ذوات الأمثال يرد، والعيب اليسير ما يدخل تحت تقويم المقوّمين، وهو أن يقوم مقوّم، وهو صحيح بألف درهم، ويقوم مقوّم آخر، وبه هذا العيب بألف؛ وهذا لأنّ الرد بالعيب اليسير فى غير ذوات الأمثال لايفيد؛ لأنها ترجع بقيمته، ولا فرق بين عين شيء وبه عيب يسير، وبين قيمته، وبه فارق ما إذا كان من ذوات الأمثال؛ لأنّ هناك يرجع بمثله صحيحًا، ويقع الفرق بين شيئين أحدهما صحيح، والآخر معيب، وإن كان العيب يسيرًا فكان الرد مفيدًا، وكذلك إذا كان العيب فاحشًا فالرد مفيد؛ لأنه يرجع بقيمته صحيحًا، ويقع الفرق بين عين الشيء وبه عيب فاحش، وبين قيمته صحيحًا.

٣٨٦٤- قال الكرخى رحمه الله تعالى فى كتابه: إذا انتقص الصداق فى يد الزوج بفعل أجنبى، فالمرأة بالخيار إن شاءت أخذت واتبعت الجانى بالأرش، وإن شاءت أخذت من الزوج قيمته يوم العقد، واتبع الزوج الجانى بالأرش؛ لأنّ الصداق قد تغيّر فى ضمان الزوج، لأنه كان عيبًا[1]، والآن صار قيمته، فثبت لها الخيار، كما يثبت الخيار للمشترى إذا تغيّر المبيع فى ضمان البائع، وإن انتقص بآفة سماوية، فالمرأة بالخيار إن شاءت أخذت ناقصًا ولا شيء لها، وإن شاءت أخذت بالقيمة يوم العقد، أما الخيار فلما ذكرنا، وأما لا شيء لها إذا اختارت

---

(١) هكذا فى "الأصل" و "ظ": لعل الصواب: عينًا.

الأخذ؛ لأنّ الصداق غير مضمون[1] على الزوج بالعقد، فلا يظهر فى حق الأوصاف؛ لأنّ العقد لا يرد على الوصف، وهذا إذا كان العيب فاحشًا، أما إذا كان العيب يسيرًا، فلا خيار لها، كما لو كان موجودا حالة العقد.

٣٨٦٥- وإن كان النقصان بفعل الزوج، فالمرأة بالخيار إن شاءت أخذته وضمنته النقصان، وإن شاءت أخذت القيمة يوم العقد، هذا هو المشهور من الرواية. وروى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا ضمان عليه فى الأرش، ولكنها بالخيار إن شاءت أخذته ناقصا ولا شىء لها، وإن شاءت أخذت القيمة، وسوى بين هذا وبين المبيع، فإنّ البائع إذا جنى على المبيع قبل القبض لم يكن عليه ضمان.

وجه المشهور من الروايات: أنّ الوصف صار مقصودًا بالإتلاف، فيجب ضمانه كما لو أتلفه أجنبىّ، وإنما لا يجب الضمان على البائع بالثمن، وضمان الثمن يمنع ضمان القيمة؛ لأنّ المحل الواحد لا يصير مضمونًا بضمانين، والصداق غير مضمون على الزوج بضمان آخر ينافى ذلك ضمان القيمة، ألا ترى أنه لو أتلفه يضمن قيمته، فكذا إذا أتلف [جزءه، والبائع إذا أتلف][2] المبيع لا يضمن قيمته، بل ينفسخ البيع ويسقط الثمن، وإن كان النقصان بفعل المهر، بأن جنى المهر على نفسه ففيه روايتان: إحداهما أنهما كالآفة السماوية؛ لأنّ جناية الإنسان على نفسه هدر. والرواية الأخرى أنها فى حكم جناية الزوج؛ لأنّ المحل مضمون فى يده، فصار كالمغصوب إذا جنى على نفسه فى يد الغاصب، وإن كان النقصان بفعل المرأة صارت قابضة بالجناية، ويدخل فى ضمانها كالمشترى إذا جنى على المبيع فى يد البائع.

٣٨٦٦- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": إذا تزوّج امرأة على ألف درهم من الدراهم التى هى نقد البلد، فكسدت قبل القبض، وصار النقد غيرها، كان على الزوج قيمتها يوم كسدت. قال الصدر الشهيد فى "واقعاته": هو المختار، وهذا قول محمد رحمه الله تعالى، وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى: على الزوج قيمتها يوم الخصومة، ولو كان مكان النكاح بيعًا فسد البيع، والفرق أنّ الكساد بمنزلة الهلاك، وهلاك البدل فى باب البيع قبل القبض يوجب فساد المسمّى[3] [وأما هلاك][4] البدل فى باب النكاح لا يوجب فساد النكاح،

---

(١) وفى "ف" و"ب": مضمون مكان غير مضمون.

(٢) أثبت من "ب" و"ف".

(٣) وفى "ف" و"م": فساد البيع.

فيجب قيمته، كان مشايخ ما وراء النهر قبل هذا يقولون : يجب أن يكون عقد النكاح بما وراء النهر بالغطريفية لا بالعدلي ؛ لأن العدلي يتغيّر، والغطريفي لا يتغيّر، وهذا كان في الزمان الماضي، أما في زماننا يجب أن يكون العقد بالذهب وبالفضة، والحكم في الانقطاع كالحكم في الكساد، فإن غلت الدراهم أو[1] ازدادت قيمتها، فلها تلك الدراهم، ولا خيار للزوج، وإن رخصت بأن انتقصت قيمتها فقد اختلف المشايخ فيه المتأخرون، بعضهم قالوا : لها من تلك الدراهم، وليس لها أن تطالبه بالتفاوت وإن فحش. وقال بعضهم : إن كان يوجد من تلك الدراهم بالمعيار الذى وجد العقد[2] عليه تطالبه بذلك، وإن كان لا يوجد تطالبه بقيمة ما ورد عليه العقد.

٣٨٦٧- وإن تزوّجها بكذا من العدليّات وهى كاسدة، ماذا يجب لها؟ قالوا : يجب لها مهر المثل ؛ لأنها إذا كانت كاسدة وقت النكاح[3] كان المهر مجهولا ؛ لأنها إذا كانت كاسدة كانت سلعة وزنيّة، والسلعة الوزنيّة إنما تعرف بالإشارة أو بذكر الوزن، وهو ما ذكر الوزن إنما ذكر العقد، ولو كانت رائجة وقت العقد وهى نوعان من الضرب أولا وآخرًا، ينبغى بيان نوعه وقت العقد، ولو لم يبيّن ينظر إلى مهر مثلها، فأىّ نوع من ذلك وافق مهر مثلها يقضى لها بذلك النوع، وقد مرّ هذا.

٣٨٦٨- وفى "المنتقى" : بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : رجل تزوّج امرأة على أمَة بعينها، ودفعها إليها وماتت عندها، ثم علمت أنها كانت عمياء، رجعت عليه بنقصان العمى، وهذا ظاهر، ولو كان تزوّجها على جارية بغير عينها، وأعطاها جارية وسطًا وماتت عندها، ثم علمت أنها عمياء، فإنها تضمن قيمتها عمياء، ويضمن الرجل قيمة خادم وسط، فيتقاصّان إن لم يكن بينهما فضل، ويترادّان الفضل إن كان ثمة فضل.

نوع آخر فى اختلاف الزوجين فى المهر:

٣٨٦٩- إذا ادّعت المرأة أنّ المهر ألفان، وادّعى الزوج أنه ألف، فأيّهما أقام البيّنة تقبل

---

(٤) أثبت من "ب" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل : أو هلك، وفى "ظ" : إذ هلاك البدل.

(١) وفى "ب" و"ف" و"م" : بأن ازدادت مكان أو ازدادت.

(٢) وفى "ب" و"م" و"ف" : ورد العقد، وفى "ظ" : وقع العقد.

(٣) وفى "ب" : وقت العقد.

بيّنته، وإن أقاما البيّنة، فالبيّنة بيّنة المرأة؛ لأنها أثبتت زيادة فى المهر، وإن لم يكن لهما بيّنة يتحالفان[1] عندنا، هكذا ذكر فى "الأصل"، بعد هذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: القول قول الزوج، إلا أن يأتى بشيء مستنكر جدًّا، ولذلك تفسيران: أحدهما: أن يدّعى أنه تزوّجها بأقلّ من عشرة، وبه أخذ بعض المشايخ رحمهم الله تعالى؛ لأنّ ما دون العشر مستنكر شرعًا. والثانى: أن يدّعى أنه تزوّجها بما لا يتزوّج مثل تلك المرأة بمثل ذلك المهر، وبه أخذ عامّة المشايخ رحمهم الله تعالى وهو الصحيح.

٣٨٧٠- ذكر ابن سماعة فى "نوادره" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فى المرأة يموت عنها زوجها فتدّعى مهرًا هو مهر مثلها، والورثة يقولون: قد تزوّجها على مهر، إلا أنّا لاندرى كم هو؟ قال: أجعل لها مهر مثلها، قال ابن سماعة: وقد كان قال قبل ذلك بخلاف هذا، قال ذلك فى رجب سنَة ثلاث وتسعين ومائة. قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: يحكم بمهر مثلها، فإن كان مثل ما قال الزوج ألف أو أقل، فلها ما قال الزوج مع يمينه بالله ما تزوّجها على ألفين، وإن كان مهر مثلها مثل ما قالت المرأة: ألفان أو أكثر، فلها ما قالت مع يمينها بالله ما زوّجت نفسها منه بألف درهم، وإن كان مهر مثلها بين الدعوتين، فإنهما يتحالفان، ثم يقضى لها بمهر المثل، وهو نظير ما ذكر فى "كتاب الإجارات" إذا وقع الاختلاف بين ربّ الثوب وبين الصبّاغ فى الأجر، يحكم فى ذلك بقيمة الصبغ، فإن كان قيمة الصبغ بين الدعوتين، فإنهما يتحالفان، كذا ههنا، وذكر الكرخى رحمه الله تعالى فى كتابه: إذا لم يكن لهما بيّنة، فإنهما يتحالفان أولا، فإذا حلفا حينئذٍ يحكم بمهر المثل عندهما.

قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى: والأصحّ ما ذكره الكرخى؛ لأنّ ظهور مهر المثل عند انعدام التسمية، وقد[2] انعدم التسمية بالتحالف، فإنّ ما يدّعى كل واحد منهما ينتفى بيمين صاحبه، فبقى نكاحًا بلا تسمية، فيكون موجبه مهر المثل، وغيره من المشايخ رحمهم الله تعالى صحّحوا ما ذكر فى "الأصل"؛ لأنه إنما يصار إلى التحالف إذا لم يكن يترجّح قول أحدهما على الآخر بشهادة الظاهر له، وإذا كان مهر المثل يشهد لأحدهما، فالظاهر شاهد له، فلا يصار إلى التحالف.

٣٨٧١- وإن وقع الاختلاف بينهما على هذا الوجه بعد الطلاق، فإن كان قد دخل بها،

(١) وفى "ف" و "م": فإنهما لا يتحالفان.

(٢) وفى "م": وإنما مكان وقد.

فهذا والأول سواء، وإن لم يدخل بها، فقد ذكر فى "كتاب النكاح": أنّ القول قول الزوج، وعليه نصف ما أقربه، وذكر فى "الجامع": أنّ القول قول من يشهد له المتعة، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: ما ذكر فى النكاح قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، وما ذكر فى "الجامع" قولهما، ومنهم من قال: ما ذكر فى النكاح قولهما أيضًا، فإنما اختلف جوابهما لاختلاف الموضوع. موضوع المسألة فى "الجامع" فى الاختلاف فى العشرة والمائة، فالزوج يدّعى التزوّج بالعشرة، فيكون مقرّا لها بالخمسة، وذلك [لا يبلغ متعتها عادة، فأفاد تحكيم المتعة. وموضوع المسألة فى النكاح فى الاختلاف فى الألف والألفين، فيكون الزوج مقرّا لها بخمسمائة، وذلك][1] يزيد على متعتها عادة، فلا يفيد بتحكيم المتعة. ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: ما ذكر فى "الجامع" قول محمد رحمه الله تعالى، وما ذكر فى النكاح قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، فصار فى تحكيم المتعة فى الطلاق قبل الدخول روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى على قول هذا القائل.

وحكى القاضى أبو الهيثم عن القضاة الثلاثة: أنّ ما ذكر فى النكاح قول أبى حنيفة وأبى يوسف، وما ذكر فى "الجامع" قول محمد، فصار الحاصل على قول هذا القائل أنّ على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى القول قول الزوج قبل الطلاق وبعده، إلا أن يأتى بشىء مستنكر جدا، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يحكم مهر المثل قبل الطلاق، والمتعة بعد الطلاق، وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى: يحكم مهر المثل قبل الطلاق، ولا يحكم المتعة بعد الطلاق، ويكون القول قول الزوج بعد الطلاق، والفرق له أنّ مهر المثل بدل عن البضع؛ لأنه حصل بها[2]، والتعديل بين البدلين واجب، فيجب اعتبار مهر المثل؛ لأنّ الزوج استوفى بدله حين دخل بها، فأما المتعة فليست ببدل عن البضع؛ لأنّ الزوج لم يدخل بها، فلا يجب اعتبار المعادلة فيصير فيه إلى الأصل، والأصل من ادّعى على آخر شيئًا فأنكر الآخر، فالقول قول المنكر، والمنكر ههنا الزوج.

٣٨٧٢- ولو مات أحدهما ثم وقع الاختلاف بين ورثة الميّت وبين الحيّ، فهذا وما لو اختلفا وهما حيّان سواء، وإن ماتا، فههنا فصلان: أحدهما: أن يتّفق الورثة أنه لم يكن فى

---

(١) أثبت من النسخ التى توجد عندنا.

(٢) وفى "ب" و"ف": قد دخل بها مكان حصل بها.

العقد تسمية، وفى هذا الفصل القياس أن يقضى لها بمهر المثل[1]، وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: استحسن فى هذا أن أبطل المهر، وله فى ذلك طريقان: أحدهما يشير إلى أنه إنما يقول ببطلان مهر المثل إذا تقادم العهد، وانقرض أهل ذلك العصر، حتى يتعذّر على القاضى الوقوف على مقدار مهر المثل، أما إذا لم يتقادم العهد، وأمكن للقاضى الوقوف على مقدار مهر المثل، فلا يبطل مهر المثل، فيقضى لها بمهر المثل كما هو مذهبهما.

والثانى: يشير إلى أنه يقول ببطلان مهر المثل بموتهما على كل حال، تقادم العهد، أو لم يتقادم.

٣٨٧٣- الفصل الثانى: إذا وقع الاختلاف بعد موتهما فى مقدار المسمى، فعلى قول محمد رحمه الله تعالى يحكم بمهر المثل، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: القول قول ورثة الزوج، إلا أن يأتوا بما هو مستنكر جدّا، وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فمهر المثل لا يبقى بعد موتهما على أحد الطريقين مطلقًا، وعلى أحد الطريقين إذا تقادم العهد، فيكون القول قول ورثة الزوج، إلا أن تقوم لورثة المرأة بيّنة على ما ادّعوا.

٣٨٧٤- قال الكرخى رحمه الله تعالى فى "مختصره": لو ادّعى الزوج أنّ المهر هذا العبد، وقالت المرأة هذه الجارية، فالكلام فيه كالكلام فى الألف والألفين، إلا فى فصل واحد أنه إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر، فلها قيمة الجارية؛ لأنّ تملّك الجارية لا يكون إلا بالتراضى، فإذا لم يتفقا على ذلك، فقد تعذّر التسليم، فوجب القيمة.

٣٨٧٥- وعلى هذا إذا قال الزوج: تزوّجتكِ على عبدى الأسود هذا، وقيمته ألف، وقالت المرأة: تزوّجتنى على عبدك الأبيض هذا وقيمته ألفًا درهم، فهو نظير الاختلاف فى الألف والألفين، إلا فى فصل واحد أنه إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الأبيض [أو أكثر، فلها قيمة الأبيض][2]؛ لما قلنا: فى فصل الجارية والعبد، ولو اختلفا فى طعام بعينه فقال الزوج: تزوّجتكِ على هذا الطعام بشرط أنه كرّ، وقالت المرأة: لا، بل بشرط أنه كرّان، فهو مثل الاختلاف فى الألف والألفين.

---

(١) هكذا فى النسخ الموفرة لنا، وكان فى الأصل: فهذا الفصل أن يكون القياس أن يقضى. . . إلخ.

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

٣٨٧٦- والأصل فى جنس هذه المسائل : أنّ الزوجين إذا اتفقا على تسمية شىء بعينه فى النكاح، واختلفا فى مقداره، إن كان شيئًا لا يضره التبعيض كالمكيل والموزون يحكم فيه مهر المثل [ويتخالفان إذا كان مهر المثل][1] بين الدعوتين.

٣٨٧٧- بيانه : فى هذه المسألة فيما إذا تزوّجها على نقرة فضة بعينها، واختلفا فقال الزوج : تزوّجتك على هذه النقرة بشرط أنها مائتا درهم، وقالت المرأة : بل بشرط أنها ثلاثمائة، وإن كان شيئًا يضره التبعيض، كما لو تزوّجها على ثوب بعينه، ثم اختلفا، فقال الزوج : تزوّجتكِ على هذا الثوب على أنها عشرة أذرع، وقالت المرأة : لا، بل على أنها تسعة أذرع، ففى هذه الصورة القول قول الزوج، ولايتحالفان، كما لو تزوّجها على إبريق فضّة بعينه، ثم اختلفا فى وزنه، فالقول قول الزوج.

٣٨٧٨- وإذا وقع الاختلاف فى الصفة فى مسمّى بعينه، كما لو قال الزوج : تزوّجتكِ على هذا الكر على أنه ردىء، وقالت المرأة : لا، بل على أنه جيّد، فالقول قول الزوج، ولايتحالفان كما فى باب البيع، فإنّ الاختلاف فى الصفة لايوجب التحالف، كما لو اختلفا فى اشتراط صفة البكارة. وإن كان المهر دَينًا واختلفا فى صفته، أو جنسه، أو نوعه، فإنه يحكم بمهر المثل ويتحالفان؛ لأنّ الدَّين إنما يعرف بالصفة، والأوصاف مختلفة، فكان الاختلاف فى الوصف اختلافا فى أصل التسمية، وإن اختلفا فيما لا يضره التبعيض فى المقدار والصفة جميعًا، ففى القدر يحكم مهر المثل، وفى الصفة القول قول الزوج مع يمينه، اعتبارًا فى حالة الاجتماع وبحالة الانفراد، وهذا إذا اختلفا حال قيام النكاح، وأما إذا اختلفا بعد الطلاق، وكان الطلاق بعد الدخول فكذلك الجواب؛ لأنّ مهر المثل لا يسقط بالطلاق بعد الدخول، فيمكن بحكم مهر المثل، وإن كان الطلاق قبل الدخول بها، إن اتفقا على مسمى بعينه، واختلفا فى صفة ذلك أو فى قيمته، فالقول قول الزوج بالإجماع، ولا يحكم متعة مثلها؛ لأنهما اتفقا على ما يوجب سقوط المتعة؛ لأنّ مع تسمية شىء بعينه لا يوجب المتعة بالطلاق قبل الدخول، فيتعذّر تحكيم المتعة، فوجب اعتبار الدعوى والإنكار.

٣٨٧٩- وإن اختلفا فى جنس المهر، أو فى مقداره، أو فى صفته والمهر دَين، فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم متعة مثلها، ويكون القول قول من يشهد له المتعة، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى القول قول الزوج، إلا أن يأتى بشىء مستنكر

---

(١) أثبت من النسخ الموفّرة لنا.

جداً.

٣٨٨٠- ولو تزوّجها على عبد بعينه، وهلك العبد فى يد الزوج، واختلفا فى قيمته، فالقول قول الزوج ولا يحكم مهر المثل؛ لأنهما اتفقا على تسمية صحيحة، وذلك يوجب العدول عن مهر المثل، بقيت هى مدّعية الزيادة والزوج منكر، فيكون القول قوله مع يمينه، ولو قال: تزوّجتكِ على عبدى الأسود، وقيمته ألف وقد مات فى يدى، وقالت المرأة: لا، بل تزوّجتنى على عبدك الأبيض، وقيمته ألفًا درهم وقد مات فى يدك، فإنه يحكم مهر المثل ويتحالفان إن كان مهر المثل بين الدعوتين.

٣٨٨١- ولو تزوّجها على كرّ بعينه وهلك الكرّ، فاختلفا فى مقداره أو صفته، ولو[1] تزوّجها على ثوب بعينه، أو نقرة بعينها، أو إبريق فضة بعينه وهلك، واختلفا فى الذرعات أو الوزن، ففى كل ما ذكرنا أنّ القول قول الزوج قبل الهلاك، وكان القول قوله بعد الهلاك أيضًا، وإن ادّعى أحدهما ألف درهم والآخر مائتا دينار، فهو نظير الاختلاف فى الألف والألفين.

٣٨٨٢- وإذا بعث إلى امرأة دقيقًا، أو عسلا، أو تمرًا، ثم قال: بعثت من المهر، وقالت المرأة: بعثت هدية، فالقول قول الزوج؛ لأنه هو المملّك، فيكون القول قوله فى جهة التمليك إلا فيما صار مكذّبًا عُرفًا، وذلك فى شىء يفسد ولا يبقى.

٣٨٨٣- فى "عيون المسائل": وفى "نوادر ابن رستم" عن محمد رحمه الله تعالى: إلا أن يكون مثل الخبيص[2]، واللحم، والشاة المذبوحة، والثريد، ونحو هذا من الطعام مما لايبقى، فحينئذٍ القول قول المرأة استحسانًا.

٣٨٨٤- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": بعث إلى المرأة متاعًا، وبعث إليه أبو المرأة أيضًا متاعًا، ثم ادّعى الزوج أنّ الذى بعث كان صداقًا، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه هو المملّك، فإن حلف والمتاع قائم فللمرأة أن تردّ وترجع بما بقى من المهر، وإن كان هالكًا لاترجع بالمهر، وأما الذى بعث أبو المرأة إن كان هالكًا لم يكن على الزوج شىء، وإن كان قائمًا وقد بعثه الأب من مال نفسه، فله أن يرجع فيه؛ لأنّ الواهب فى هذه الصورة الأب، وإن كان بعثه من مال الابنة برضاها لم يكن له أن يرجع؛ لأنّ الواهب فى هذه الصورة الابنة،

---

(١) وفى النسخ التى توجد عندنا: أو مكان لو.

(٢) الخبيص: الحلواء المخبوصة من التمر والسمن.

وقد وهبت من زوجها .

٣٨٨٥- وفي "فتاوى أهل سمرقند" : تزوّج امرأة وبعث إليها هدايا وعوّضته المرأة على ذلك عوضًا، ثم زفّت إليه، ثم فارقها، وقال : إنما بعثت إليكِ عارية وأراد أن يستردّ ذلك، وأرادت المرأة أن تستردّ العوض، فالقول قوله في الحكم؛ لأنه أنكر التمليك، وإذا استردّ ذلك من المرأة، للمرأة أن تستردّ منه ما عوضته عليه .

٣٨٨٦- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى" : اشترى لامرأته أمتعة بأمرها بعد ما بنى بها، ودفع إليها دراهم حتى اشترت هي أيضًا، ثم اختلفا، فقال الزوج : هو من المهر، وقالت المرأة : هدية، فالقول قول الزوج : إنه من المهر، إلا أن يكون شيئًا مأكولا . قال الفقيه أبو الليث : المختار أنه ينظر إن كان ذلك من متاع سوى ما يجب على الزوج، فالقول قوله : إنه من المهر، وإن كان ذلك من متاع يجب على الزوج من الخمار، والدرع، ومتاع الليل، فليس له أن يحتسب من المهر؛ لأنّ الظاهر يكذبه، والخف والملاءة لا يجب عليه؛ لأنه ليس عليه أن يهيِّئ له أسباب الخروج .

٣٨٨٧- بعث إلى امرأة ابنه متاعًا، ثم ادّعى أنه بعث أمانة صدق، وكذا لو ادّعى بعد موت المرأة . وفي "مجموع النوازل" : بعث إلى امرأته أيام العيد دراهم وقال : عيدى، أو قال : سيم شكر، ثم ادّعى أنه من المهر لا يصدّق؛ لأنه صرّح بعد البعث أنها عيدى أو سيم شكر، فيصير متناقضًا بعد ذلك في دعواه أنه من المهر .

٣٨٨٨- امرأة ادّعت على زوجها بعد وفاته أنّ لها عليه ألف درهم من مهرها، تصدق في الدعوى إلى تمام مهر مثلها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنّ عنده يحكم مهر المثل، فمن شهد له مهر المثل كان القول قوله مع يمينه . في "المنتقى" : بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا اختلف الزوج والمرأة، فإن أقرّ بشيء من المسمّى، وحلف عليه، فالقول قوله، وإن لم يقرّ بشيء وحلفت على ما ادّعته جعلت لها الأوكس من مهر مثلها ومما ادّعت، قال : وكذلك ورثتهما بعد موتهما .

٣٨٨٩- وفيه أيضًا : إذا قالت المرأة لزوجها : تزوّجتني بغير شيء، وقال الزوج : تزوّجتكِ على هذا العبد، فإن كان قيمة العبد مثل مهر مثلها، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، فالمرأة بالخيار إن شاءت أخذت عين العبد، وإن شاءت أخذت قيمته، وإن كانت قيمة العبد أقلّ من قيمة مهر مثلها، مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، فلها مهر مثلها .

٣٨٩٠- وفيه أيضًا : قال هشام لمحمد رحمه الله تعالى : رجل أقام بيّنة أنه تزوّج هذه

المرأة، وكانت عقدة النكاح على ألف درهم، وأقامت المرأة البيّنة أنه تزوّجها، وكانت عقدة النكاح على ألفين، قال: المهر ألف درهم، قلت: ولم؟ وقد يكون أن يقع عقدة النكاح على ألف ثم يزيدها؟ قال: حتى يقيم البيّنة على الزيادة. قال هشام: والمسمّى. قال محمد: بأن القاضى لو كان حضر العقد على ألف، وجاءت المرأة بألفين، قال الحاكم أبو الفضل: فى هذا الجواب نظر، وذكر بعده بورقة بما يشبه خلافه. قال هشام: سألت محمدًا عن امرأة ادّعت أنّ هذا الرجل تزوّجها بالكوفة منذ سنَة على ألف، وأقامت على ذلك بيّنة، وأقام الزوج بيّنة أنه تزوّجها بالبصرة منذ سنتين على ألف، قال: البيّنة بيّنة المرأة، قلت: وإن كان معها ولد لأكثر من سنتين؟ قال: وإن كان.

نوع آخر فى بيان ما يستحق جميع المهر(١):

٣٨٩١- المهر كما يتأكد بالدخول، يتأكد بالخلوة الصحيحة عندنا؛ لأنّ البدل فى عقود المعاوضات يقرره بتسليم من له البدل [المبدل](٢)، لا بحقيقة استيفاء المبدل، ألا ترى أنّ البائع إذا خلى بين المبيع وبين المشترى، والآجر إذا خلى بين المستأجر والمستأجر منه، تأكد البدل وإن لم يوجد القبض حقيقة [والمعنى فيه: وهو إنّا لو وقّفنا تقرير البدل على استيفاء المبدل حقيقة](٣)، فمن عليه البدل يمتنع عن الاستيفاء قاصداً الإضرار لمن له البدل، والضرر مدفوع شرعًا، وتفسير الخلوة الصحيحة أن لا يكون ثمة مانع يمنعهما عن الجماع لا حقيقةً ولا شرعًا، حتى لو كان أحدهما مريضًا مرضًا يمنع الجماع لا تصحّ الخلوة، وإن كان مريضًا مرضًا لايمنع الجماع تصحّ الخلوة. فالحاصل: أنّ المرض فى جانبها متنوع بلا خلاف، وأما المرض فى جانبه فقد قيل: إنه متنوع أيضًا، وقيل: إنه غير متنوّع، وإنه يمنع صحة الخلوة على كل حال جميع أنواعه فى ذلك على السواء. قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: هو الصحيح. وكذا لو كان أحدهما محرمًا بحجّة فرض أو نافلة، أو كانت المرأة حائضًا لا تصح الخلوة، وكذلك لو كان أحدهما صائمًا فى رمضان لا تصح الخلوة.

٣٨٩٢- واختلفت الرواية فى غير صوم رمضان، قال القدورى رحمه الله تعالى:

---

(١) وفى "ب": ما يجب به جميع المهر.

(٢) هكذا فى "ب" و"ف".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الصحيح أنّ صوم التطوع والقضاء والنذر لا يمنع صحة الخلوة، ولو كان معهما ثالث لا تصح الخلوة، إلا أن يكون الثالث ممن لا يشعر بذلك كصغير لا يعقل، أو مغمى عليه والمجنون كالصبى، وفى بعض المواضع : لو كان معهما مجنون، أو مغمى عليه لا تصح الخلوة، ولو كان معهما أعمى أو نائم لا تصح الخلوة، ولو كان ثمة أمته كان محمد رحمه الله تعالى يقول : أولا [تصح الخلوة بخلاف ما لو كان ثمة أمتها، ثم رجع، وقال : لا تصح الخلوة، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، ولو خلا بها ومعها امرأة أخرى لهذا الزوج، فقد أفتى محمد بالوفد[1] أنه خلوة، ثم رجع عنه][2]، وقال : ليس بخلوة. قال هشام : كان محمد رحمه الله تعالى يقول : أولا للرجل أن يطأ امرأته بين يدى امرأة أخرى له، فجعل ذلك خلوة، ثم رجع، وقال : ليس له أن يطأها بين يدى امرأة أخرى له، فلم يجعلها خلوة.

٣٨٩٣- والمكان الذى تصحّ فيه الخلوة أن يأمنا فيه من اطّلاع غيرهما عليهما بغير إذنهما، كالدار والبيت وما أشبههما، ولهذا لا تصحّ الخلوة فى المسجد، والطريق الأعظم، والحمام، وكان شدّاد يقول فى المسجد والحمام : إن هذا يكون خلوة إذا كان فى ظلمة ؛ لأنّ الظلمة كالسترة[3] إذ لا يراهما أحد.

٣٨٩٤- وفى "المنتقى" : إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : رجل ذهب بامرأته إلى رستاق فرسخين، أو ما أشبه ذلك، وكان ذلك بالليل، فإن كان[4] ذلك فى الطريق الجادة لا يكون خلوة، ولو عدل بها عن الطريق فى موضع خال كان خلوة، ولو حجّ بها ونزل بها فى المفازة من غير خيمة فليس بخلوة. قال : وكذلك لو خلا بها فى جبل، ولو خلا بها فى بيت غير مسقف فهو خلوة، وكذلك الكرم، ولو خلا بها على سطح من الدار فهو خلوة، ذكر مسألة السطح فى "المنتقى" مطلقًا، قالوا : إذا لم يكن على جوانب السطح أستر[5] لا يكون خلوة، وعلى قياس ما قال شدّاد فى مسألة المسجد والحمام : إنه يكون خلوة إذا كان فى ظلمة يجب أن يكون خلوة فى مسألة السطح إذا كان فى ظلمة أيضًا.

---

(١) هكذا فى "ظ"، وفى غيرها من النسخ الموجودة عندنا : اللفظ غير واضح.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) هكذا فى "ب" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ" : كالسرّ.

(٤) وفى النسخ التى عندنا : فإن كان سار بها فى الطريق الجادة.

(٥) وفى النسخ الموفرة لنا : ستر.

٣٨٩٥- هشام عن محمد رحمه الله تعالى : إذا خلا بها فى بستان ليس له باب يغلق فليس بخلوة ، وإن كان له باب وغلّق فهو خلوة ، وإن خلا بها فى محل عليه قبّة مضروبة ليلا أو نهاراً ، فإن كان يقدر أن يطأها فهو خلوة ، ولو خلا بها وبينهما وبين النساء ستر من ثوب رقيق يرى منه ، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : ليس هذا بخلوة ، قال : وكذلك لو كانت سترة قصيرة قدر ما لو قام إنسان رآهما ، رواه بشر .

٣٨٩٦- المرأة إذا دخلت على الزوج ولم يكن معه أحد ، ولا يعرفها الزوج ، فمكث ساعة ، ثم خرجت ، أو الزوج إذا دخل عليها ولم يعرفها لا يكون هذا خلوة ما لم يعرفها ، هكذا اختاره الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى ؛ لأنّ الخلوة إنما تقام مقام الوطء إذا لحق التسليم بالخلوة ، وذا لا يحصل بدون المعرفة ، وقال الفقيه أبو بكر : يكون خلوة ، وكذلك إذا كانت قائمة ، فإن عرفها الزوج ولم تعرفه ، فهو خلوة ، هذه الزيادة من "مجموع النوازل" أيضًا .

٣٨٩٧- [وفى "مجموع النوازل" أيضًا :][1] سئل شيخ الإسلام رحمه الله تعالى عمّن تزوّج امرأة فأدخلتها أمها عليه وخرجت ، وردّت الباب إلا أنها لم تغلقه ، والبيت فى خان يسكنها الناس[2] ، ولهذا البيت [طرائق][3] مفتوحة ، والناس قعود فى ساحة الخان ينظرون من بعيد ، هل تصح هذه الخلوة؟ قال : إن كانوا [ينظرون][4] فى الطريق يترصّدون لهما ، وهما يعلمان بذلك لا تصح الخلوة ، فأما النظر من بعيد والقعود فى الساحة فغير مانع من صحّة الخلوة ، فإنهما يقدران أن ينتقلا فى هذا البيت إلى زاوية لا يقع أبصارهم عليهما فيها ، فقد قيل : إنّ الزوجين إذا اجتمعا فى بيت وبابه مفتوح ، والبيت فى دار لا يدخل عليهما أحد إلا بإذن ، فالخلوة صحيحة وإلا فلا ، هذه جملة ما ذكر شيخ الإسلام .

٣٨٩٨- وعلى قياس ما روى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى السترة القصيرة ينبغى أن يقال فى هذه المسألة : إذا كان البيت والطريق[5] بحيث لو نظر فيهما إنسان يراهما لا تصحّ الخلوة ، وإن كان معهما كلب عقور لا تصحّ الخلوة ، وقيل فى الكلاب إذا لم يكن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) وفى "م" : يسكنها أناس كثير.

(٣) هكذا فى "ب" و "م" ، وفى "ف" : طوابق ، وفى الأصل و "ظ" : طابق.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٥) وفى "ف" : والطرائق.

عقوراً : إن كان كلب المرأة يمنع صحّة الخلوة ، وإن كان كلب الزوج لا يمنع .

٣٨٩٩- وإذا خلا بها ولم تمكّنه من نفسها فقد اختلف المتأخرون رحمهم الله تعالى فيه ، وفى طلاق النوازل إذا قال لامرأته : إن خلوت بك ، فأنت طالق ، فخلا بها وقع الطلاق ، وعليه نصف المهر ؛ لأنّ الطلاق وقع عقيب الخلوة بلا فصل ، فلم يكن متمكّنًا من الوطء ليقام التمكّن مقام الوطء ، والخلوة بالرتقاء ليست بخلوة ، وخلوة المجبوب خلوة صحيحة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وعندهما ليست بخلوة ، هكذا ذكر الكرخى فى "مختصره" .

٣٩٠٠- وفى "المنتقى" : ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : أنه كان لايوجب فى خلوة المجبوب بامرأته مهرًا تامًّا ، إلا أن تجيء بولد ، فإن جاءت بولد لزمه وعليه المهر ؛ لأنهم زعموا أنه يحبِل . وخلوة العنين والخصى خلوة صحيحة .

٣٩٠١- ثم إنّ أصحابنا رحمهم الله تعالى أقاموا الخلوة مقام الوطء فى حق بعض الأحكام دون البعض ، أما الأحكام التى أقاموا الخلوة فيها مقام الوطء فتأكد جميع المسمى إن كان فى العقد تسمية ، وتؤكد مهر المثل إن لم يكن فى العقد تسمية ، وثبوت النسب ، ووجوب العدّة ، ووجوب النفقة والسكنى فى هذه العدّة ، وحرمة نكاح أختها ما دامت العدّة قائمة ، وحرمة نكاح أربع سواها ، وحرمة نكاح الأمَة عليها على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى حرمة نكاح الأمَة على الحرّة فى العدة عن طلاق بائن ، ومراعاة وقت الطلاق فى حقهما ، وأما الأحكام التى ما أقاموا الخلوة فيها مقام الوطء فالإحصان ، حتى لا يصير محصنًا بالخلوة ، وحرمة البنات والإحلال للزوج الأول ، والرجعة ، والميراث ، حتى لو طلّقها ثم مات وهى فى العدة لا ترث ، وأما وقوع طلاق أخرى فى هذه العدة ، فقد قيل : لا يقع ، وقيل : يقع ، وهو أقرب إلى الصواب ؛ لأنّ الأحكام لما اختلفت فى هذا الباب يجب القول بالوقوع احتياطًا ، وكما يتأكد جميع المهر بالدخول ، وبالخلوة الصحيحة يتأكد بموت أحدهما .

٣٩٠٢- ولو قتلت الحرّة نفسها ، فلها المهر عندنا ، ولو كانت أمَة ، فقتلها المولى ، فلا مهر لها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وعند أبى يوسف ومحمد رحمه الله تعالى : يجب المهر للمولى ، ولو قتلت الأمة نفسها ، فعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان : فى رواية [لا يجب ، وفى رواية](1) يجب ، وهو قولهما . وإذا تأكد المهر لم يسقط ، وإن جاءت

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الفرقة من قبلها بأن ارتدّت أو طاوعت ابن زوجها بعد ما دخل بها، أو خلا بها، أو قبل ذلك يسقط جميع المهر لمجيء الفرقة من قِبلها.

نوع آخر فى بيان حكم المهر وما يجب لها بالطلاق قبل الدخول:

٣٩٠٣- وللمطلّقة قبل الدخول بها نصف المفروض؛ لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[1]، وإن لم يكن فى النكاح مفروض فلها المتعة، وإن لم يكن فى النكاح مفروض، وفرض لها بعد العقد مهرًا، فرضيت به، أو رفعت الأمر إلى القاضى، ففرض لها مهرًا، ثم طلّقها قبل الدخول بها، فعلى قول أبى يوسف الأول لها نصف المفروض بعد العقد، وهذا وما لو سمى فى العقد سواء، ثم رجع وقال: لها المتعة، وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن[2] الفرض بعد تقدير[3] المهر المثل، وعلى اعتياد الطلاق قبل الدخول لا يجب مهر المثل، ولا يجب نصف المفروض، وعلى هذا إذا سمى لها مهرًا، ثم زاد لها فى مهرها، ثم طلقها قبل الدخول بها، فلها نصف المسمّى مع نصف الزيادة.

وعلى قوله الآخر -وهو قول أبى حنيفة-: لها نصف المسمّى فى العقد، وبطل كل الزيادة بالطلاق قبل الدخول، ثم المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول بها، إذا لم يسمِّ لها مهرًا فى كل فرقة جاءت من قبل الزوج، وإذا جاءت من قبل المرأة فلا متعة فيها وإن لم يسمِّ لها مهرًا، وإنها مستحبة لكل مطلقة، يريد بالمطلقة بعد الدخول بها، إذا لم يكن فى النظام تسمية، أو كان فيه تسمية، والمطلقة قبل الدخول بها[4]، كان فى النكاح تسمية.

٣٩٠٤- وفى "القدورى": وكل فرقة جاءت من قبل المرأة، فلا متعة فيها، وإن كان من قبل الزوج، ففيها المتعة، وفيه أيضًا، وكل فرقة من جهة الزوج بعد الدخول يستحب فيها المتعة إلا أن يرتدا، ويأبى الإسلام، وفيه أيضًا، ولو خير امرأته فاختارت، فهى فرقة من جهة الزوج.

---

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢) من هنا ساقط من الأصل، وأثما أثبت من باقى النسخ الموجودة عندنا.

(٣) وفى نسخة "ف": تقرير.

(٤) هكذا فى نسختى "ظ" و"م".

٣٩٠٥- والمتعة ثلاثة أثواب : قميص ، وملحفة ، ومقنعة وسط لا جيد غاية الجودة ، ولا ردىء غاية الرداءة ، فيجب لها ذلك إلا إذا زاد ذلك على نصف مهر مثلها فح لها نصف مهر مثلها ، وإن كان لا يزيد ذلك على نصف مهر مثلها ، فلها الأثواب إلا أن ينقص قيمتها من خمسة دراهم .

والحاصل أن لها الأقل من نصف مهر المثل هو العوض الأصلى ، ولكن تعذر تنصيفه لجهالته ، فيصير إلى المتعة خلفًا عنه ، فلا يجوز أن يزيد على نصف مهر المثل ، ولا ينقص من خمسة دراهم ؛ لأن المهر لا يكون أقل من عشرة دراهم ، وإن كان المتعة مثل نصف مهر المثل ، ولا ينقص من خمسة دراهم ؛ لأن المهر لا يكون أقل من عشرة دراهم ، وإن كان المتعة مثل نصف مهر المثل ، فلها المتعة ، ويعتبر فيها حال الرجل ؛ لقوله تعالى : ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾[1] ، وكان الكرخى رحمه الله يقول : هكذا فى المتعة المستحبة .

أما فى المتعة الواجبة يقول : يعتبر حالها لأنها خلف عن مهر المثل ، وفى مهر المثل المتعبر حالها ، فكذا فى خلفه ، ولا متعة للمتوفى عنها زوجها مسمى لها مهرًا ، أو لم يسمِّ مهرًا ، دخل بها زوجها أو لم يدخل ، وكذلك كل نكاح فاسد ، فرق القاضى فيه بينهما قبل الدخول بها ، وقبل الخلوة ، أو بعد الخلوة ، والزوج منكر للدخول ، فلا متعة فيها ؛ لأن المتعة خلف عن مهر المثل ، وما هو الأصل لايجب فى النكاح الفاسد قبل الدخول ، فكذا ما هو خلف عنه ، والعبد بمنزلة الحر فى وجوب المتعة ، إذا كان النكاح بإذن المولى ؛ لأنه يساوى الحر فى سبب الوجوب فهو النكاح ، فيساويه فى الموجب ، ولو شرط مع المسمّى ما ليس بمال نحو طلاق الضرة ، أو على أن لا يخرجها ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، فلها نصف المسمى ، وسقط الشرط .

٣٩٠٦- وكذا إذا شرط مع المسمّى كرامتها ، ولو تزوجها على أقل من عشرة ، ثم طلقها قبل الدخول ، فلها نصف المسمى ، وتمام خمسة دراهم ؛ لأن العشرة فى كونها بمهر لا يتجزأ ، وذكر بعض ما يتجزأ كذكر الكل ، وكأنه سمّى عشرة ، وكذا إذا تزوجها علفى ثوب يساوى خمسة دراهم ، وطلقها قبل الدخول ، فلها نصف الثوب ، ودرهمان ونصف إذا كان المهر فى يد الزوج عينًا ، وطلقها قبل الدخول بها ، عاد الملك فى النصف إلى الزوج بنفس الطلاق ، حتى لو كانت أمة ، فأعتقها بعد العتق فى النصف ، ولو كان مقبوضًا لم تنفسخ الملك فى

---

(١) البقرة : ٢٣٦ .

النصف بنفس الطلاق، ولم يعد إلى ملك الزوج حتى يقضى ال قاضى عليها برد النصف، أو تسلم هى النصف إلى الزوج.

٣٩٠٧- وذكر القدورى: لو كان الصداق مقبوضًا لم ينفسخ الملك بنفس الطلاق، حتى يفسخه الحاكم، أو تسلمه المرأة، أو يقول الزوج: قد فسخت إلا رواية عن أبى يوسف، فقد روى عنه فى "النوادر": أنه ينفسخ الملك بنفس الطلاق، وإن كان الصداق مقبوضًا، وهو قول زفر. والفرق أن سبب مهلكها فى النصف يفسد بالطلاق قبل الدخول؛ لأن السبب هو النكاح، والنكاح بالطلاق قبل الدخول[1] إن كان قطعًا صورةً، فهو فسخ معنًى؛ لأن المعقود عليه يعود إلى ملكها بكمالها كما خرج، فجعل فسخًا من وجه دون وجه.

٣٩٠٨- والأصل أن العقد متى إن فسخ من وجه دون وجه، يعتبر فاسدًا؛ لأنه لو انفسخ من كل وجه ارتفع أصل العقد، وصفة الجواز جميعًا، فإذا انفسخ من وجه دون وجه يرتفع الجواز، ويبقى أصل العقد اعتيادا للمعينين، وإذا ثبت أن سبب ملكها يفسد بالطلاق قبل الدخول، فنقول: فساد السبب لا يمنع ثبوت الملك فى البدل بعد القبض، فأولى أن لا يمنع البقاء أما فساد السبب قبل القبض يمنع ثبوت الملك فى البدل، فيمنع البقاء، وإنما ينتقص الملك بعد القبض بالقضاء، أو بالرضاء، كما فى المقبوض بحكم العقد الفاسد، وكذلك ينتقض بقول الزوج قد فسخت على ما ذكره القدورى لما ذكرنا أنه فسد سبب ملكها، ولكل واحد من المتعاقدين ولاية فسخ السبب الفاسد، كما فى البيع الفاسد، وبعد ما وجد القضاء، أو الرضاء، أو انتقض الملك يقتصر[2] الانتقاض على حالة القضاء، أو الرضاء، حتى لو كان المهر مملوكًا واكتسب اكتسابًا بعد الطلاق، فالكسب يكون للمرأة، هكذا ذكره شيخ الإسلام فى "شرحه".

٣٩٠٩- وفى زكاة "الجامع": ما يدل عليه ولو كان المهر دراهم، أو دنانير، أو مكيلا، أو موزونًا فى الذمة فقبضت، فطلقها قبل الدخول بها، فعليها رد مثل نصف ما قبضت، وليس عليها رد عين المقبوض؛ لأن الدراهم والدنانير لايتعينان فى عقد النكاح، فلا يتعينان فى فسخه.

٣٩١٠- ولو كان المهر عبدًا فى الذمة، أو إبلا فى الذمة، أو ثوبًا فى الذمة، ثم عينه

---

(١) وفى "م": والنكاح بالطلاق قبل الدخول يفسخ من وجه دون وجه؛ لأن الطلاق قبل الدخول إن كان قطعًا... إلخ.

(٢) وفى "ظ": يقبض.

ودفعه إليها، ثم طلقها قبل الدخول بها، فعليها رد نصف ما قبضت.

من المشايخ من أبى ذلك، وقال: إذا لم يكن العبد أو الإبل معينًا وقت العقد، فالمرأة لايستحق عين العبد، وعين الإبل، وإنما تستحق أحد الشيئين الوسط من المسمّى، أو قيمته، والخيار إلى الزوج، فعند فسخ النكاح بالطلاق قبل الدخول كيف يستحق الزوج، عليها نصف العبد، ونصف الإبل.

ومنهم من صحح ذلك وقال: العبد والإبل إن لم يكن معينًا وقت العقد إلا أن بعد ما عيناه التحق بالمعين وقت العقد، وجعل كان العقد من الابتداء، ورد على هذا المعين، وإنما التحق بالمعين وقت العقد ضرورة أنه لو لم يلتحق وجب عليها بالطلاق قبل الدخول ما وجب على الزوج بالعقد، ولا وجه إليه؛ لأنه يقع التفاوت بين نصف المقبوض، وبين قيمة المقبوض؛ لأن الحيوان ليس من أدوات الأمثال، وكذا يقع التفاوت بين نصف المقبوض وبين قيمته؛ لأن قيمته إنما يعرف بالحرز والظن، وعليها رد مثل نصف المقبوض بلا زيادة ولا نقصان، والتحرز عن هذا التفاوت ممكن بإيجاب رد نصف المقبوض، وإلحاق المقبوض بالمعين وقت العقد، فألحقنا المقبوض بالمعين وقت العقد، وأوجبنا رد نصف المقبوض، بخلاف ابتداء العقد؛ لأن الاحتراز عن هذا التفاوت فى ابتداء العقد بإيجاب المعين غير ممكن، إذ ليس حالة العقد غير متعين، أما بعد الطلاق تعين المقبوض بالقبض، فأمكن إيجاب نصفه احتراز عن التفاوت فأوجبنا ذلك، وهذا بخلاف الدراهم والدنانير؛ لأن الدراهم والدنانير بالتعيين لايلتحق بالمعين وقت العقد، فكيف يلتحق؟ وإن تعينها وقت العقد لا يصح وقت العقد إذا وقعت الفرقة بين الزوجين لمعنى من قبل الزوج قبل الدخول بها، إن وقعت الفرقة بالطلاق لفظًا أو حكمًا، لا لفظًا يوجب سقوط نصف الصداق، وإن وقعت بما هو فسخ من كل وجد، بأن لم يوجد لفظ الطلاق، ولا حكمه يوجب سقوط كل الصداق، وهذا لأن الفرقة من قبل الزوج قد يكون بما هو فسخ من كل وجه.

٣٩١١- ألا ترى أن غير الأب والجد إذا زوج الصغير امرأة، ثم بلغ قبل الدخول، واختار الفرقة، وفسخ القاضى بينهما العقد، كان ذلك فسخًا من كل وجه حتى يسقط كل الصداق، ففى كل موضع وجد الطلاق لفظًا، أو ثبت حكمه كان الفرقة بالطلاق، فيسقط نصف الصداق، وصارت الفرقة الواقعة من قبل الزوج بحكم الفسخ نظير الفرقة الجائية من قبل المرأة قبل الدخول بها، وإنها فسخ من كل وجه؛ لأنه يتعذر أن يجعل تلك الفرقة بالطلاق، لأنها لا تملك الطلاق، وتملك الفسخ، فإنها تملك الفسخ لخيار البلوغ، وعدم

الكفاءة، فاعتبر فسخًا من كل وجه، فيوجب سقوط كل الصداق، وهذا لأن سقوط نصف المهر كما خرج عن ملكه من غير سبب جديد طلاق حقيقة وحكمًا، وكل ما كان فى معناه عن كل وجه، أو من وجه دون وجه يلتحق به، وما لا فلا، ولهذا قلنا: إذا ارتد الزوج، أو قبل أم امرأته بشهوة قبل الدخول بها، سقط نصف المهر؛ لأنه فسخ معنًى، وطلاق حكمًا، فإن حكم الطلاق ثبوت الحرمة، وقد ثبتت الحرمة، والزوج يملك إثبات الحرمة بالطلاق، فيعتبر طلاقًا فى حق المرأة، فيوجب سقوط النصف، وإذا اشترى منكوحته قبل الدخول بها يسقط كل الصداق، والفرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول بها، ومع هذا سقط الصداق كله؛ لأن الفرقة وقعت لما هو فسخ من كل وجه؛ لأنه لم يوجد الطلاق، لا لفظًا ولا معنًى، فإن الحرمة لم تثبت ههنا هذه الجملة فى "شرح الجامع".

٣٩١٢- وفى "المنتقى": رجل وكّل رجلا بشراء امرأته، فاشتراها الوكيل من المولى حتى فسد النكاح، فلا مهر للمولى على الزوج، ولو باعها المولى من رجل ثم إن الزوج اشتراها من المشترى، فعليه نصف المهر للمولى الأول؛ لأنّ فى هذا الوجه لم يمكن من قبله معونة على فساد النكاح.

٣٩١٣- ولو وكّل الزوج من يشتريها له، ووكّل المولى من يبيعها، فاشتراها وكيل الزوج من وكيل المولى، فقد بطل المهر، ولو باعها المولى من أجنبى، وخرج المشترى بها إلى بلدة أخرى، وعلى الزوج فى السفر إليها مؤنة، فلا مهر لها على الزوج حتى يؤتى بها فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وكذلك فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى.

نوع آخر فى المهر يزيد أو ينقص فى يد الزوج أو فى يد المرأة، فطلّقها[1] الزوج قبل الدخول بها:

٣٩١٤- إذا حدثت الزيادة فى يد الزوج فى المهر، فإن كانت متصلة كالسمن والجمال، فإنها تتنصّف مع الأصل بالطلاق قبل الدخول بالإجماع، وإن كانت منفصلة، فإن كانت متولّدة من العين كالولد، أو كانت مستفادة بسبب العين كالعقر والأرش، فإنها تتنصّف مع الأصل[2] بالإجماع؛ لأنّ هذه الزيادة صداق بمنزلة الزيادة المتولّدة من المبيع مبيع على ما يأتى

---

(١) وفى "ف" و"م": فيطلقها.

(٢) وفى "ظ": من الأصل.

بيانه فى هذه[١] المسألة، وللقبض شبه بالعقد [فكانت الزيادة الموجود عند القبض كالموجودة الذى عند العقد][٢]، وإن كانت الزيادة مستفادة بسبب المنافع كالكسب والغلّة، فالأصل يتنصّف بالطلاق قبل الدخول بالإجماع، وأما الزيادة فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لاتتنصّف، بل يكون الكل للمرأة. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: تتنصّف الزيادة مع الأصل.

٣٩١٥- قال القدورى فى "شرحه": ولو آجر الزوج المهر فالأجرة له ويتصدّق بها، وهذا لأنّ المنافع تتقوّم[٣] بالعقد عندنا، والعقد كان من الزوج [غير أنه يتصدّق بالأجرة؛ لأنها حصلت عن محل مملوك للغير فدخله الخبث، هذا إذا حدثت الزيادة فى يد الزوج][٤].

٣٩١٦- وإذا حدثت الزيادة فى يد المرأة، ثم طلّقها قبل الدخول، فهذه الزيادة لاتتنصّف بلا خلاف، وهل يمنع بتنصيف الأصل؟ وإن كانت الزيادة منفصلة وقد استفيدت بسبب المنافع كالكسب والغلّة، لا يمنع تنصيف الأصل، وإن كانت الزيادة متولّدة من العين كالولد، أو كانت مستفادة بسبب العين كالأرش يمنع بتنصيف الأصل، وعلى المرأة نصف قيمة الأصل يوم قبضت، وكذلك لو لم يطلّقها الزوج فى هذه الصورة، ولكن ارتدّت أو قبلت ابن الزوج، فعليها ردّ جميع القيمة يوم القبض، وصار أثر الردة فى حق الكل بمنزلة أثر الطلاق فى حق النصف.

وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى الردّة والتقبيل: أنه يجب عليها ردّ الأصل والزيادة، فرّق بين الردّة والتقبيل، وبين الطلاق، وإن كانت الزيادة الحادثة فى يد المرأة متصلة كالسمن والجمال، فإنهما يمنع تنصيف الأصل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأبى يوسف، وعلى المرأة نصف قيمة الأصل يوم القبض، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يمنع تنصيف الأصل.

٣٩١٧- ولو هلكت هذه الزيادة، ثم طلّقها كان لها نصف الأصل؛ لأنّ المانع من التنصيف قد ارتفع، ولو حدثت هذه الزيادة فى يد المرأة بعد الطلاق أو الردّة، تثبت حق الزوج

---

(١) وفى "ب" و"ف": تلك المسألة.

(٢) هكذا فى "م"، وكان فى "ب" و"ف": كالموجودة لذى العقد.

(٣) وفى "ف": متقوم.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

فى الزيادة، هكذا ذكره القدورى رحمه الله تعالى؛ لأنّ الصداق فى يدها فى هذه الصورة بمنزلة المقبوض بحكم العقد الفاسد، فيجب عليه الردّ بزوائدها المتصلة والمنفصلة جميعًا.

وفى "المنتقى": قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن من(١) تزوّج امرأة على نخيل صغار طول النخلة قدر شبر، وسلّمها إليها، فمكثت حتى صار النخيل فى طول الرماح، إلا أنها لم تحمل، ثم طلّقها قبل الدخول بها، قال: له أن يأخذ نصفها بالعدد، فقد أشار إلى أنّ الزيادة المتصلة فى يد المرأة تتنصّف، وأنه يخالف رواية "الأصل" على ما بيّنا.

٣٩١٨- قال هشام: قلت لمحمد رحمه الله تعالى: فإن تزوّجها على زرع حنطة بَقْل دفعه إليها، وأعارها الأرض حتى بلغ الزرع، وانعقد الحبّ، فإن كان الحبّ قد اشتد، فلا سبيل للزوج [على الزرع](٢)؛ لأنه قد خرج من الحالة التى تزوّجها عليه، قلت: فإن تزوّجها على عشرين شاة عجاف، فأمسكها إليها حتى حملت، ودرّ اللبن فى ضروعها، ثم طلّقها قبل أن يدخل بها، قال: يأخذ نصفها على حالها، هذا هو الكلام فى الزيادة.

٣٩١٩- جئنا إلى النقصان، فنقول: إذا انتقص المهر فى يد الزوج، ثم طلّقها قبل الدخول بها، فهذا على وجوه: أحدها: أن يكون النقصان بآفة سماوية، وإنه على وجهين: إن كان النقصان يسيرًا كان لها نصف الخادم معيبًا من غير ضمان النقصان، ليس لها غير ذلك. وإن كان النقصان فاحشًا فلها الخيار، إن شاءت تركت المهر على الزوج وضمنته نصف قيمته يوم العقد، وإن شاءت أخذت نصف الخادم معيبًا من غير أن يضمن الزوج ضمان النقصان.

٣٩٢٠- الوجه الثانى: أن يكون النقصان بفعل الزوج، وإنه على وجهين أيضًا: إن كان النقصان يسيرًا، فإنها تأخذ نصف الخادم، ويضمن الزوج نصف قيمة النقصان، وليس لها أن تترك الخادم على الزوج، وتضمن نصف قيمة الخادم [وإن كان النقصان فاحشًا إن شاءت أخذت نصف قيمة الخادم](٣) يوم العقد وتركت الخادم، وإن شاءت أخذت نصف الخادم معيبًا وضمّنت الزوج نصف قيمة النقصان.

٣٩٢١- الوجه الثالث: أن يكون النقصان بفعل المرأة، وفى هذا الوجه لها نصف الخادم لا شىء لها غير ذلك، ولا خيار لها سواء كان النقصان يسيرًا أو فاحشًا.

---

(١) وفى "ب" و"ف": رجل.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) أثبت من "ف" و"م" و"ظ".

٣٩٢٢- الوجه الرابع : أن يكون النقصان بفعل الصداق ، ففى ظاهر الرواية هذا كالنقصان بآفة سماوية ، وروى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى إنّ هذا بمنزلة تعييب الزوج[١] .

٣٩٢٣- الوجه الخامس : أن يكون النقصان بفعل الأجنبى ، وإنه على وجهين : إن كان يسيرًا ، فإنها تأخذ نصف الخادم ، ويضمن الأجنبىّ نصف قيمة النقصان ليس لها غير ذلك ، وإن كان فاحشًا إن شاءت أخذت نصف الخادم ، واتبعت الأجنبىّ بنصف قيمة النقصان ، وإن شاءت تركت الخادم على الخروج ، وأخذت من الزوج نصف قيمة الخادم يوم العقد ، ثم الزوج يتبع الجانى بجملة النقصان ، هذا إذا حصل النقصان فى يد الزوج .

٣٩٢٤- وإن حصل النقصان فى يد المرأة ، ثم طلّقها قبل الدخول بها ، فإن كانت بآفة سماوية ، والنقصان يسير أخذ الزوج نصف المهر معيبًا ليس له غير ذلك ، وإن كان النقصان فاحشًا إن شاء أخذ النصف كذلك معيبًا من غير ضمان النقصان ، وإن شاء ترك ذلك على المرأة ، وضمّنها نصف قيمته صحيحًا يوم القبض ؛ لأنّ قبضها غير مضمون عليها ؛ لأنها قبضت ملك نفسها ، فما حدث من النقصان لا يكون مضمونًا عليها ، لكن الزوج يتخيّر ؛ لأنه وجب عليها الردّ بما قبضت .

٣٩٢٥- وإن كان هذا النقصان فى يد المرأة بعد الطلاق ، ذكر الحاكم الشهيد : أنّ هذا وما لو كان النقصان قبل الطلاق سواء ، وعامّة المشايخ رحمهم الله تعالى على أن للزوج أن يأخذ نصفها مع نصف النقصان ، هكذا ذكر القدورى فى "شرحه" ، وهو الصحيح لما ذكرنا أنّ الصداق فى يد المرأة بعد الطلاق بمنزلة المقبوض بحكم بيع فاسد ، فيكون مضمونًا بجميع أجزاءه ، وإن شاء أخذ نصف قيمته يوم قبضت ، وإن كان النقصان قبل الطلاق أو بعد الطلاق بفعل المرأة ، فهذا وما لو كان النقصان بآفة سماوية سواء ، وإن كان النقصان بفعل المهر ، فكذلك الجواب أيضًا .

٣٩٢٦- وإن كان النقصان قبل الطلاق بفعل الأجنبىّ يقطع حق الزوج عن المهر ، وعليها نصف القيمة للزوج يوم قبضت ؛ لأنّ الأجنبىّ قد ضمن الأرش ، فتصير هذه الزيادة منفصلة ، إلا أن تكون هى أبرأت [الزوج][٢] الجانى عن الجناية ، أو هلك الأرش فى يدها قبل الطلاق ، فحينئذٍ يتنصّف المهر لزوال المانع ، وإن كان هذا النقصان بعد الطلاق ، ذكر الحاكم الشهيد :

---

(١) وفى "م" : بمنزلة فعل الزوج.

(٢) هكذا فى "ب" و "ف".

أنّ هذا وما لو حصل النقصان قبل الطلاق سواء. وذكر القدوري في "شرحه": أن الزوج يأخذ نصف الصداق وهو الخيار في الأرش، إن شاء اتبع الجاني، وأخذ منه نصف الأرش، وإن شاء أخذ من المرأة؛ لما ذكر أنّ الصداق في يدها بعد الطلاق بمنزلة المقبوض بحكم عقد فاسد، فيكون مضمونًا عليها، وإن كان النقصان قبل الطلاق بفعل الزوج فهذا وما لو كان النقصان بفعل الأجنبيّ سواء؛ لأنّ الزوج ضمن الأرش كالأجنبيّ، فصار الجواب في حقه كالجواب في حق الأجنبيّ، وإن هلك الصداق في يد الزوج، ثم طلّقها قبل الدخول بها، فلها [على الزوج][1] نصف القيمة يوم العقد، وإن هلكت في يد المرأة وطلّقها قبل الدخول بها، فله على المرأة نصف القيمة يوم القبض -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

نوع آخر في المرأة تهب الصداق من زوجها ثم طلّقها الزوج قبل الدخول بها:

٣٩٢٧- الصداق لا يخلو: إما أن يكون دَينًا كالدراهم، والدنانير، والمكيل، والموزون في الذمّة، أو كان عينًا، فإن كان عينًا، فوهبت للزوج، ثم طلّقها الزوج قبل الدخول بها، فلا رجوع له عليها بشيء، سواء وهبته قبل القبض، أو بعد القبض، وسواء وهبت الكل أو البعض؛ لأنّ عين ما وجب ردّه عادت إلى الزوج. وكذلك لو كان المهر حيوانًا في الذمة، أو عروضًا في الذمة، وأعطاها حيوانًا وسطًا، أو عروضًا وسطًا، ثم وهبته من الزوج لما مرّ أنه ملحق بالعين وقت العقد، ولو كان المهر دَينًا فوهبته منه قبل القبض، ثم طلّقها قبل الدخول بها، لا يرجع عليها بشيء عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، ولو قبضت ذلك منه، ثم وهبت منه، رجعت عليها بنصف المقبوض [لأنّ رد العين ليس بواجب عليها، ألا ترى أنّ لها أن تمسك المقبوض وتردّ مثله، فصار كأنها وهبته مالا آخر][2].

٣٩٢٨- ولو قبضت النصف، ووهبت منه النصف الباقي، ثم طلّقها قبل الدخول بها، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا يرجع عليها بشيء، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يرجع بنصف المقبوض، هكذا ذكر في "الأصل"، وفي القدوري: لم يذكر ما إذا وهبت النصف المقبوض.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

٣٩٢٩- وذكر فى "المنتقى": إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: إذا تزوّج امرأة على ألف ودفع إليها خمسمائة، أنها وهبت من الزوج الخمسمائة المقبوضة، ثم طلّقها الزوج قبل الدخول بها، فلا رجوع له عليها.

٣٩٣٠- ولو دفع إليها ستمائة، ووهبتها منه، ثم طلّقها قبل الدخول بها يرجع عليها بمائة، علّل، فقال: لأنّ ما دفع إليها بينهما نصفان، وما بقى بينهما نصفان.

بيانه: إن ردّ عين المقبوض ليس بواجب عليها، بل لها أن تمسك المقبوض وتردّ مثله، وكأنها وهبت مالا آخر، وبقيت الستمائة المقبوضة مهراً فى يدها على حالها، فيتنصّف الستمائة بالطلاق قبل الدخول بها، كما تتنصّف أربعمائة التى بقيت فى الذمّة، فمائتان بمائتين، وبقيت له مائة، ولو كانت وهبت الستمائة التى دفعها إليها وأربعمائة الباقية، رجع عليها بثلاثمائة وهو بناء على ما قلنا.

٣٩٣١- وفيه أيضاً: لو دفع الألف كلها إليها، ثم اختلعت منه بألف قبل أن يدخل بها، رجع عليها فى القياس بخمسمائة، وفى الاستحسان: لا يرجع عليها بشىء. وفى "الأصل": إذا وهبت الصّداق من أجنبى، وسلّط على قبضها فقبض، ثم طلّقها قبل الدخول بها، يرجع عليها بنصفه، ولو قبضت الصداق ووهبته من أجنبى، ثم الأجنبىّ وهبه من الزوج، ثم طلّقها قبل الدخول بها، يرجع عليها [بنصف المهر][1]، العين والدَّين فيه سواء [وهذا لأنّ المستحق للزوج بالطلاق قبل الدخول سلامة][2] نصف المهر من جهة المرأة من غير عوض، ولم يوجد ذلك ههنا.

٣٩٣٢- وفى القدورى: لو باعته المهر، أو وهبته على عوض، ثم طلّقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف القيمة، وتعتبر القيمة يوم البيع، ولو كانت قبضته ثم باعت، اعتبرت القيمة يوم القبض -والله أعلم-.

نوع آخر فى وجوب المهر بلا نكاح:

٣٩٣٣- إذا وطئ جارية الابن مراراً، فعليه مهر واحد، وإذا وطئ جارية الأب مراراً، وادّعى الشبهة، فعليه بكل وطء مهر؛ وهذا لأنّ الثابت فى حق الأب شبهة ملك، فكان الوطء

---

(١) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

الثانى استيفاء لملكه، ومن استوفى منفعة ملك مرارًا لا يلزمه إلا بدل واحد فى ابتداء الوهلة، والثابت فى حق الابن شبهة الاشتباه، فكان كل وطء استيفاء ملك الغير، فيجب بكل وطء مهر، وعلى هذا إذا وطئ جارية امرأته مرارًا [يجب لكل وطء مهر؛ لأنّ له شبهة اشتباه، ولو وطئ مكاتبته مرارًا][1] فعليه مهر واحد؛ لأنّ له شبهة ملك، هذه الجملة فى "واقعات الناطفى".

٣٩٣٤- وإذا وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة مرارًا، يجب بكل وطأة نصف مهر، إذ ليس له فى النصف الثانى شبهة ملك، فصار بمنزلة جارية الابن، ذكره فى "العيون". وفى "نوادر هشام" أيضًا، عن محمد رحمه الله تعالى: إذا اشترى جارية ووطئها مرارًا، ثم استحقت فعليه مهر واحد، وإذا استحق نصفها، فعليه نصف مهر.

٣٩٣٥- وفى "نوادر هشام" أيضًا: عن محمد رحمه الله تعالى: فى صبى ابن أربع عشرة سنة، جامع امرأة ثيّبًا، وهى نائمة لا تدرى، فلا مهر عليه، وإن كانت بكرًا، فافتضّها، فعليه مهر مثلها، وإن جامع أمَة ثيّبًا، فلا مهر عليه، وإن كانت بكرًا، فافتضّها، فعليه المهر، وكذا المجنون. ، وفى آخر حدود شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده": الصبىّ إذا زنى بصبيّة فعليه المهر؛ لأنه مؤاخذ بأفعاله، وإن أقرّ الصبىّ بذلك فلا مهر عليه، وإذا زنى الصبى بامرأة حرّة بالغة عاقلة، فأذهب عذرتها، إن كانت مكرهة ضمن الصبى المهر، وإن كانت طائعة دعته إلى نفسها، فلا مهر عليه، والصبيّة إذا دعت صبيًا إلى نفسها، وأذهب عذرتها، فعليه المهر؛ لأنّ أمرها لم يصح فى إسقاط حقها، بخلاف البالغة، والأمَة إذا دعت صبيًا وزنى بها لزمه المهر؛ لأنّ أمرها لم يصح فى حق المولى.

٣٩٣٦- وفى "واقعات الناطفى": فإذا وطئ منكوحته مرارًا، ثم ظهر أنه كان حلف بطلاقها يلزمه مهر واحد؛ لأنّ له شبهة ملك، وفى نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل طلّق امرأته ثلاثًا وهو يجامعها، ثم يمر على جماعه إيّاها حتى قضى حاجته منها، فلا حدّ عليه ولا مهر، إلا أن يكون أخرجه بعد الطلاق، ثم عاد إلى المخالطة، فيكون ذلك جماعًا مستقبلا؛ لأنّ الجماع ليس بجماع تامّ إلا بابتداء إدخاله، ثم بإخراجه، وإذا كان الجماع أوّله وآخره حلالا، فهذا ليس بجماع تام على الحرمة، فدرأت عنه الحدّ، ولم ألزمه المهر، قال: وكذلك العتق على هذا، قال: ولو زنى بامرأة، ثم تزوّجها وهو على

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ذلك الفعل، ثم يمر على جماعه، ثم طلّقها فإنى أدرأ عنه الحدّ، وألزمه مهرين، مهرًا بابتداء الغشيان، ومهرًا آخر بالتزوّج؛ لأنّ تمكنه على الجماع لا يكون أقل من الخلوة فى إيجاب المهر، ألا ترى أنها لو حملت من جماعه ذلك كان ابنه، ولا أجعل هذا منه إحصانًا.

وفى "نوادر المعلى": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل غصب جارية، وجامعها فيما دون الفرج، وجاءت بولد، فإن كانت بكرًا، فعليه المهر، وإن كانت ثيّبًا، فلا مهر عليه، وعنه أيضًا: إذا وطئ الرجل امرأة أبيه بشبهة من قبل أن يدخل بها الأب، فإن كان علم أنها امرأة أبيه، فعليه لها مهر بالدخول، ونصف مهر للأب بما أفسد عليه، وإن كان لا يعلم أنها امرأة أبيه فعليه مهر بالدخول، وعلى الأب لها نصف المهر فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى. قال الحاكم أبو الفضل: ذكر هذه المسألة بخلاف هذا فى رواية بشر.

٣٩٣٧- وفى "المنتقى": بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: لو أنّ أخوين تزوّج أحدهما بامرأة، والآخر بابنتها، فأدخلت كل واحدة منهما على غير زوجها ودخل بها، فقد بانت منهما امرأتاهما، وعلى كل واحد منهما لامرأته نصف المهر، والذى وطئها مهر مثلها، وليس لواحد منهما أن يتزوّج بامرأته بعد ذلك، ولزوج الأم أن يزوّج الابنة التى وطئها مهر مثلها، وإن كانت ربيبته إلا أنه لم يدخل بالأم، وليس لزوج الابنة أن يتزوّج الأم التى وطئها؛ لأنها أمّ امرأته، وكذلك لو لم يكن بين الزوجين قرابة.

٣٩٣٨- وفى "المنتقى": رجل وابنه تزوّجا امرأتين أجنبيّتين، فأدخلت كل واحدة منهما على زوج صاحبتها فوطئها، فعلى كل واحد مهر التى وطئها، ولا شىء عليه لامرأته؛ لأنّ الوطء كان بمطاوعة منها، فالبينونة من قِبلها، وفيه أيضًا: رجل وابنه تزوّج أحدهما بامرأة، والآخر بابنتها، فأدخلت امرأة الأب على الابن، وأدخلت امرأة الابن على الأب فوطئاهما، فإنّ على الواطئ الأول نصف مهر امرأته، وجميع مهر الموطوءة، ولا شىء على الواطئ آخرًا من مهر امرأته، فإن كان الوطء منهما معًا، فلا شىء على واحد منهما لامرأته، وفيه أيضًا، إذا قال لامرأته -ولم يدخل بها-: أنتِ طالق حين أخلو بكِ، أو قال: إذا خلوت بكِ، فخلا بها وجامعها، فعليه مهر ونصف مهر، مهر بالدخول، ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول، ولا أثر للخلوة فى هذه الصورة فى تأكيد المهر؛ لأنّ المهر إنما يتأكد بالخلوة وإذا كان فيها مدة يمكنه الدخول فيها، وإن لم يكن جامعها بعد الخلوة فعليه نصف المهر.

٣٩٣٩- وفيه أيضًا: إذا قال لأجنبيّة: إذا تزوّجتكِ وخلوت بكِ ساعة فأنت طالق، فتزوّجها وخلا بها، ودخل بها وقع الطلاق عليها، ولها مهران: مهر بالخلوة، ومهر بالدخول

إذا كان الدخول بعد الخلوة بساعة ، وإن كان الدخول مع الخلوة لم يكن عليه إلا مهر واحد ؛ لأنّ الطلاق وقع بعد الدخول .

٣٩٤٠- فى "العيون" : إذا قال لامرأة : كلما تزوّجتكِ فأنت طالق ، فتزوّجها فى يوم واحد ثلاث مرات ، ودخل بها فى كل مرة فهى امرأته ، وعليه مهران ونصف ، وقد وقعت تطليقتان على [قياس قول أبى حنيفة ، وهو][1] قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ؛ لأنه لما تزوّجها أولا وقعت تطليقة ، ووجب نصف مهر ، فلما دخل بها وجب مهر كامل ؛ لأنّ هذا وطء عن شبهة فى محل ، ووجب العدة ، وإذا تزوّجها ثانيًا وقع طلاق آخر ، وهذا الطلاق بعد الدخول معنى ، فإنّ من تزوّج المعتدّة وطلّقها قبل الدخول بها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى ، فيجب مهر كامل ، فصار مهران ونصف ، فإذا دخل بها فقد دخل بها وهى معتدة عن طلاق رجعى ، فصار مراجعًا ، ولا يجب بالوطء شىء ، وإذا تزوّجها ثالثًا لم يصح النكاح ؛ لأنه تزوّجها وهى منكوحة .

٣٩٤١- ولو قال لها : كلّما تزوّجتكِ ، فأنت طالق بائن ، والمسألة بحالها بانت بثلاث ، وعليه خمس مهور ونصف مهر ، فى قياس قولهما يخرج على الأصل الذى بيّنا . ذكر نجم الدين النسفى تفسير العقد الواجب بالوطء فى بعض المواضع ، حاكيًا عن القاضى الإمام الإسبيجانى أنه ينظر بكم يستأجر هذه المرأة للوطء ، لو كان الاستئجار على الوطء حلالا؟ وفى "الواقعات" للناطفى فى آخر كتاب البيوع : أن تفسيره عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه ينظر بكم يزوّج به مثلها ، وأحاله إلى اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى رحمهما الله تعالى -والله أعلم- .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الفصل السابع عشر فى النكاح الفاسد وأحكامه

٣٩٤٢- إذا وقع النكاح فاسدًا، وفرّق القاضى بين الزوج وبين المرأة، فإن لم يكن دخل بها، فلا مهر ولا عدة، وإن كان قد دخل بها، فلها الأقل مما سمّى لها ومن مهر المثل إن كان ثمة مسمّى [وإن لم يكن ثمة مسمّى][1] فلها مهر المثل بالغًا ما بلغ، ويجب العدّة ويعتبر الجماع فى القُبل؛ حتى يصير مستوفيًا المعقود عليه، وتعتبر العدّة من حين يفرّق بينهما عند علماءنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، ولكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، وعند بعضهم: إن لم يدخل بها فكذلك الجواب، وإن دخل بها، فليس لواحد منهما حق الفسخ إلا بمحضر من صاحبه، كما فى البيع الفاسد لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ بغير محضر من صاحبه قبل القبض، وليس له ذلك بعد القبض.

٣٩٤٣- وإذا فرّق القاضى بين الزوج وامرأته بحكم فساد النكاح، وكان ذلك بعد الدخول بها، حتى وجب عليها العدّة، ثم تزوّجها فى العدّة نكاحًا صحيحًا، ثم طلّقها قبل الدخول بها، فلها المهر الثانى كاملا، وعليها عدّة مستقبلة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وعند محمد: يجب نصف المهر الثانى، ويلزمها نفقة العدّة الأولى.

٣٩٤٤- وكذلك لو كان النكاح الأول صحيحًا، وطلّقها تطليقة بائنة بعد ما دخل بها، ثم تزوّجها فى العدة، ثم طلّقها فى النكاح الثانى قبل الدخول بها، فلها المهر الثانى كاملا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، فالحاصل أنّ الدخول فى النكاح الأول دخول فى النكاح الثانى [إذا حصل النكاح الثانى][2] فى العدّة، وأجمعوا على أنّ النكاح الثانى لو كان فاسدًا، وفرّق بينهما قبل الدخول بها فى النكاح الثانى لا يجب المهر الثانى، لتمكّنه[3] من الدخول شرعًا، وذلك بالعقد الفاسد لا يكون، ولهذا الطريق قلنا: إنّ الخلوة فى العقد الفاسد لا يكون موجبًا للمهر والعدّة، هذه الجملة فى نكاح الأصل فى باب الكفاءة.

٣٩٤٥- وذكر فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": رجل تزوّج امرأة نكاحًا فاسدًا، وجاءت بولد إلى ستة أشهر، ثبت النسب، والنكاح الفاسد بعد الدخول فى حق النسب بمنزلة

(١) أثبت من "ظ".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) أثبت من "ظ"، وكان فى الأصل: فتمكنه.

النكاح الصحيح، وتعتبر المدة، وذلك ستة أشهر من وقت النكاح عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وعند محمد من وقت الدخول. قال الفقيه أبو الليث: والفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى؛ لأنّ النكاح الصحيح إنما يقام مقام الوطء، لأنه داعٍ إليه شرعًا، والنكاح الفاسد ليس بداعٍ، فلا يقام مقام الوطء، وذكر فى كتاب الدعوى من الأصل: إذا تزوّجت الأمَة بغير إذن مولاها، ودخل بها الزوج، وولدت[1] لستة أشهر منذ تزوّجها، فادّعى المولى والزوج فهو ابن الزوج؛ لأنّ النكاح الفاسد عند [اتصال][2] الدخول به فى حق النسب ملحق بالنكاح الصحيح، والجواب فى النكاح الصحيح ما قلنا، كذا ههنا. فقد اعتبر المدة من وقت النكاح لا من وقت الدخول، فإنه وضع المسألة فيما إذا ولدت لستة أشهر منذ تزوّجها، ولم يحك فيه خلافًا.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى: هذه المسألة دليل على أنّ الفراش ينعقد بنفس العقد فى النكاح الفاسد، خلافًا لما يقوله بعض مشايخنا أنه لا ينعقد إلا بعد الدخول.

٣٩٤٦- وذكر شيخ الإسلام: أنّ الفراش لا ينعقد فى النكاح الفاسد إلا بالدخول، وتأويل هذه المسألة على ما ذكر شيخ الإسلام أنّ الدخول كان عقيب النكاح بلا فصل، فتكون المدّة من وقت النكاح ومن وقت الدخول سواء. إذا تزوّجها نكاحًا فاسدًا، وخلا بها، وجاءت بولد، وأنكر الزوج الدخول، فعن أبى يوسف رحمه الله تعالى روايتان: فى رواية: قال: يثبت النسب، ووجب المهر، والعدة، وفى رواية: قال: لا يثبت النسب، ولا يجب المهر، ولا العدة، وهو قول زفر رحمه الله تعالى، وإن لم يخل بها لا يلزمه منه الولد.

٣٩٤٧- فى "مجموع النوازل": الطلاق فى النكاح الفاسد ليس بطلاق على الحقيقة، بل هو متاركة، حتى لا ينتقص من عدد الطلاق، والمتاركة فى النكاح الفاسد لا يتحقق بعدم مجىء كل واحد منهما إلى صاحبه، وإنما يتحقق بالقول بأن يقول الزوج مثلا: تركتك، تركتها، خلّيت سبيلك، خلّيت سبيلها.

---

(١) وفى "ب" و"م": ثم ولدت.

(٢) هكذا فى "م".

الفصل الثامن عشر فى ثبوت النسب

٣٩٤٨- قال محمد رحمه الله تعالى فى "كتاب الدعوى" : إذا تزوّج الرجل جارية، وجاءت بولد، فقال الزوج : تزوّجتكِ منذ شهر، وقالت المرأة : لا، بل منذ سنة، فإنّ الولد ثابت النسب، وإن كانا تصادقا أنه تزوّجها منذ شهر لم يثبت النسب منه، فإن أقامت البيّنة بعد ما تصادق أنه تزوّجها منذ شهر، على أنه تزوّجها منذ سنة قبلت، أما إذا كان الولد كبيراً، وقد أقام البيّنة بنفسه فهذا الجواب ظاهر ؛ لأنّ هذه بيّنة قامت من خصم على خصم، وأما إذا كان الولد صغيراً فقد تكلّم المشايخ رحمهم الله تعالى فى تخريج المسألة، بعضهم قالوا : القاضى ينصب خصمًا عن الصغير [لأنّ النسب حق الصغير][1]، فينصب عنه خصمًا لتكون البيّنة قائمة ممن هو خصم، ثم الخصم إنما يقيم البيّنة على الزوج ههنا ؛ لأنّ النسب ثابت ههنا على كل حال[2].

وبعضهم قالوا : القاضى يسمع البيّنة من غير أن ينصب عنه خصمًا، بناء على أنّ البيّنة على النسب هل تقبل حسبة من غير دعوى؟ وقد اختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى فيه، منهم من قال : تقبل، وزعم أنّ هذه المسألة تدلّ عليه.

٣٩٤٩- وإذا كان الصبىّ فى يدى امرأة، فقال الرجل للمرأة : هذا ابنى منكِ من النكاح، وقالت المرأة : هو ابنك من الزنا لم يثبت النسب[3] ؛ لانكارها ما ادّعاه من الفراش، فإن قالت بعد ذلك : هو ابنك منى من نكاح، يثبت نسبه منهما ؛ لأنها أقرّت له بالنكاح بعد ما أنكرت، والإقرار بعد الإنكار صحيح، فيثبت النكاح بينهما، ومن ضرورته ثبوت النسب منهما، وإن كان الولد فى يدى رجل وامرأة فقال الرجل : هذا الولد من زوج كان ذلك قبلى، وقالت المرأة : بل هو منكَ، فهو منه ؛ لأنّ النسب بينهما ظاهر بالفراش، وما ادّعاه بالرجل غير معلوم.

٣٩٥٠- رجل تحته امرأة، وفى يد المرأة ولد، والولد ليس فى يد الزوج، فقالت المرأة : تزوّجتنى بعد ما ولدت هذا الولد من زوج قبلكَ، وقال الزوج : لا، بل ولدتهِ فى ملكى، فهو

---

(١) أثبت من "ظ" و "م".

(٢) وفى "م" : لأن النسب ثابت منها على كل حال ؛ لحاجة إثبات النسب من الزوج ههنا.

(٣) وفى "م" : لم يثبت نسبه منه.

ابن الزوج ؛ لما قلنا أنّ النسب بينهما ظاهر ، ولو كان الولد فى يدى الزوج دون المرأة فقال : هو ابنى من غيرك ، وقالت : هو ابنى منكَ ، فالقول قول الزوج ، ولا تصدَّق المرأة بخلاف ما سبق . والفرق : قيام الفراش بينه وبينها لايمنع فراشًا آخر له على غيرها [إما بنكاح][1] أو ملك ، فإذا كان الولد فى يده كان بيان نسبه إليه ، أنه من أى فراش حصل . أما ثبوت الفراش له عليها يمنع فراشها شيئًا لغيره كان عليها ، وكان هذا الفراش فى حقها متعينا ، وباعتباره يثبت النسب من هذا الزوج .

٣٩٥١- قال أصحابنا رحمهم الله تعالى : لثبوت النسب مراتب ثلاثة : أحدها : النكاح الصحيح وما هو فى معناه من النكاح الفاسد ، والحكم فيه أنه يثبت النسب من غير دعوى ، ولا ينتفى بمجرّد النفى ، وإنما ينتفى باللعان ، فإن كان ممن لا لعان بينهما ، لا ينتفى نسب الولد . والثانى : أمّ الولد والحكم فيها أنّ نسب ولدها يثبت بدون الدعوى ، ولكن ينتفى بمجرّد النفى . والثالث : الأمَة إذا جاءت بولد ، والحكم فيه أنّ نسب ولدها لا يثبت بدون الدعوة ، قالوا : وإنما يثبت نسب ولد أم الولد بدون الدعوة إذا كانت بحال يحل للمولى وطءها . أما إذا كانت بحال لا يحل للمولى وطءها ، لا يثبت للمولى بدون الدعوة[2] ، حتى إنّ المولى إذا كاتب أمّ ولده ، فجاءت بولد بعد ذلك لا يثبت نسبه منه بدون الدعوة ، وكذلك الجارية إذا كانت بين رجلين ، فجاءت بولد ، فادّعياه حتى يثبت النسب منهما ، ثم جاءت بولد آخر ، لا يثبت نسب هذا الولد بدون الدعوة .

٣٩٥٢- فى "الواقعات" : إذا غاب عن امرأته ، وهى بكر أو ثيِّب عشر سنين ، وتزوّجت وجاءت بالأولاد ، فالأولاد من الزوج الأول عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، ووضع المسألة فى الأصل فيما إذا نعى إلى امرأة زوجها ، فاعتدّت ، وتزوّجت ، وولدت من الزوج الثانى ، ثم جاء الزوج الأول حيا ، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى : الولد للزوج الأول على كل حال ؛ لأنه صاحب الفراش الصحيح ؛ لأنّ تغيّبه لا يفسد فراشه ، وفراش الزوج الثانى فاسد ، ولا معارضة بين الصحيح والفاسد بوجه ما ، بل الفاسد مدفوع بالصحيح .

٣٩٥٣- وروى عبد الكريم الجرجانى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى : أنّ النسب من الزوج الثانى ، وهو قول ابن أبى ليلى . وكان أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول : إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوّجها الثانى ، فالأولاد للزوج الأول ، وإن جاءت بالولد لستة

---

(١) هكذا فى "ظ" و "م" ، وكان فى الأصل : بالنكاح.

(٢) وفى "ب" و "ف" : لا يثبت النسب بدون الدعوى.

أشهر فصاعدًا منذ تزوّجها الثانى ، فالأولاد للزوج الثانى .

٣٩٥٤- وقال محمد رحمه الله تعالى : إن جاءت بالولد لأقلّ من سنتين منذ دخل بها الزوج الثانى ، فالأولاد [للأول ، وإن جاءت بولد لأكثر من سنتين منذ دخل بها الزوج الثانى ، فالأولاد][1] للثانى . وكذلك لو ادّعت الطلاق فاعتدّت وتزوّجت ، والزوج الأول جاحد لذلك ، فهو على هذا الخلاف الذى قلنا ، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى "شرح كتاب الدعوى" .

وفى نكاح "المنتقى" : رجل له زوجة تزوّجت وهو حاضر ، وجاءت بولد ، فإنّ الولد للزوج الأول فى هذا الموضع . قال ثمة : بهذا يحتجّ أبو حنيفة رحمه الله تعالى فى فصل الغيبة . قال : وقول أبى يوسف رحمه الله تعالى كقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان الزوج الأول حاضرا أو غائبًا غيبة [مشتبهة[2] ، فإن كان غائبًا غيبة][3] منقطعة معروفة ، فالولد للآخر . ذكر الحسن بن زياد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى مجبوب[4] تزوّج امرأة ، ومكثت عنده زمانًا ، ثم جاءت بولد ، قال : ألزمه الولد ، وأجعل ذلك إحصانًا ، ويحلها ذلك لزوج كان قبله ، ويهدم طلاقه .

٣٩٥٥- وفى "نوادر هشام" : قال هشام : سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول : فى رجل اشترى أمَة ، فولدت عنده ، ثم أقام رجل البيّنة أنها امرأته ، زوّجها مولاها منه ، قال : أجعلها امرأته ، وأجعل الولد ولد الزوج ؛ لأنه صاحب الفراش ، وأعتق الولد بدعوة المولى ، يعنى لو ادّعاه المولى يحكم بعتقه . وفى "نوادر ابن سماعة" : عن محمد رحمه الله تعالى : رجل زوّج ابنه وهو صغير لايجامع مثله ، ولا تحبل امرأته ، فجاءت امرأته بولد ، لا يلزمه الولد ، ولا تردّ المرأة ما أنفق أبو الزوج عليها عن ابنه ؛ لأنها إن زنت فحبلت فلها النفقة وهى على ذلك ؛ لأنه لا يعرف أبوه يعنى أب الولد ، وإن أقرّت أنها تزوّجت ردّت على الزوج نفقة ستة أشهر مقدار مدّة الحبل . وإن كان زوّجه أمَة ، فجاءت بولد فادّعاه السيد فهو ابنه ؛ لأنه عبد لا يعرف له نسبه ، فيجوز دعوته فيه .

٣٩٥٦- رجل زنى بامرأة وحبلت منه ، فلما استبان حملها تزوّجها الذى زنى بها ،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) وفى "ظ" : مشغولة.

(٣) أثبت من جميع النسخ التى تتيسر لنا.

(٤) وفى جميع النسخ الموفرة لنا : مجنون.

فالنكاح جائز . وإن جاءت بالولد بعد النكاح لستة أشهر فصاعداً ثبت النسب منه، ويرث منه؛ لأنها جاءت به فى مدّة حمل تام عقيب نكاح صحيح، وإن جاءت به لأقلّ من ستة أشهر لايثبت النسب ولا يرث منه، إلا أن يقول : هذا الولد منى، ولم يقل من الزنا. فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى"، وفيه أيضًا : رجل له جارية يطأها، ويعزل عنها، فجاءت بولد، فإن كانت الجارية غير محصّنة يخرج ويدخل، وأكثر ظنّ الرجل أنّ الولد ليس منه، فهو فى سعة من نفيه، وإن كانت محصنة لا يسعه النفى، ولا يعتمد العزل؛ لأنه قد يعزل فى الفرج الخارج، ويظنّ أنه لا يدخل ويدخل متى عزل، وعاد وجامع قبل أن يبول فتحبل؛ لأنه يبقى الماء فى ذكره، فالعزل مما لا يعتمد عليه العزل.

٣٩٥٧- وفيه أيضًا فى كتاب العتاق : جارية هربت من مولاها يومًا، ثم وجدها وقد كان يطأُها ويعزل عنها، فظهر بها حبل، وولدت بعد ستة أشهر منذ هربت، ومات الولد، فإن كانت الجارية قد ذهبت إلى متهم بها، فالمولى فى سعة من بيعها؛ لأنّ الغالب أنّ الولد من فجور، وإن كانت الجارية عفيفة لم يظهر منها فجور، لاينبغى له أن يبيعها، وينبغى أن يشهد أنها أمّ ولده، حتى لا تباع بعد موته، هذا حق لازم ديانة؛ لأنّ الغالب أنه منه، فالعزل مما لايعتمد عليه على ما قلنا.

٣٩٥٨- وإذا طلّق الرجل امرأته الصغيرة تطليقة بائنة، ومات عنها زوجها، فهذا على ثلاثة أوجه : الأول : أن تدّعى حملا بعد الموت والبينونة فى مدّة العدّة، وفى هذا الوجه الحكم فيها والحكم فى الكبيرة سواء.

٣٩٥٩- الوجه الثانى : أن تقرّ بانقضاء العدّة عند مضى ثلاثة أشهر من البينونة، أو عند مضى أربعة أشهر وعشر من الموت، ثم جاءت بالولد، إن جاءت بالولد لتمام ستة أشهر من وقت الإقرار لا يثبت، فإن جاءت به لأقل من ذلك يثبت النسب، وإن كانت ساكتة لم تدّع الحبل، ولم تقرّ بانقضاء العدّة، فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى إن جاءت بالولد لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق، أو لأقل من عشرة أشهر وعشرا من وقت الموت يثبت النسب، وإن كان لتسعة أشهر فصاعدًا من وقت الطلاق، ولعشرة أشهر وعشر من وقت الموت لايثبت، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى يثبت النسب إن جاءت لأقلّ من سنتين، وإن كان الطلاق رجعيًا يثبت النسب إذا جاءت بالولد لأقلّ من سبعة وعشرين شهراً؛ لأنا نحكم بالعلوق كان فى مدّة العدّة، وصار به مراجعًا، وأما المتوفّى عنها زوجها إذا كانت كبيرة يثبت نسب ولدها فى السنتين -والله أعلم- .

الفصل التاسع عشر فى نكاح العبيد والإماء

٣٩٦٠- لا يتزوّج العبد أكثر من ثنتين ، الحرّتان والأمَتان فى ذلك على السواء ، ولايتزوّج أمَة على حرّة عندنا ، والمكاتب والمدبَّر وابن أم الولد بمنزلة العبد ، وكما لايجوز للعبد أن يتزوّج بغير إذن المولى ، فكذا لا يجوز للمكاتب والمدبَّر وابن أم الولد ، وكذلك معتق البعض على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وكذلك الأمَة والمكاتبة والمدبَّرة وأم الولد لايصح نكاحهنّ بغير إذن المولى ، ولا يجوز للمولى أن يزوِّج المكاتب المكاتبة بغير رضاها ، ويجوز نكاحه على الأمَة بغير رضاها ، وكذلك على العبد إلا رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، ويجوز للمكاتب والمكاتبة أن يزوِّجا أمَتاهما من غير رضا المولى ، وتزويجهما مكاتبتهما بخلاف تزويجهما أنفسهما .

٣٩٦١- وإذا تزوّج العبد ، أو المكاتب ، أو المدبَّر ، أو ابن أم الولد بغير إذن المولى ، ثم طلّقها ثلاثًا قبل إجازة المولى ، فهذا الطلاق متاركة للنكاح ، وليس بطلاق على الحقيقة ، حتى لا ينقص من عدد الطلاق ، ولكن لو وطئها بعد الطلاق يلزمه الحدّ ، فإن أجاز المولى هذا النكاح بعد ذلك لا تعمل إجازته ؛ لأنه قد ارتفع بالطلاق . وإن أذن له أن يتزوّجها بعد هذا الطلاق ، كرهت له أن يتزوّجها ، ولم أفرّق بينهما إن فعل . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : لا أكرهه ، وذكر شمس الأئمة السرخسى الخلاف على هذا الوجه فى "شرحه" .

٣٩٦٢- وفى "المنتقى" : بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : أمَة تزوّجت بغير إذن مولاها ، وطلّقها الزوج ثلاثًا كان ذلك فرقة لا طلاقًا ، غير أنى أكرهه أن يتزوّج حتى تنكح زوجًا غيره .

٣٩٦٣- وإذا أذن لعبده فى نكاح مطلقًا ، فتزوّج امرأتين فى عقدة لم يجز واحد منهما عليه ، وهذا بناء على أنّ الأمر بالنكاح مطلقًا ينصرف إلى امرأة واحدة ، إلا إذا اقترن به ما يدل على التعميم ، بأن قال : تزوّج ما شئت من النساء أو ما أشبهه ، فحينئذٍ يتعمّم ويتزوّج ثنتين ، فإن قال : عنيت به امرأتين جاز نكاحهما عليه ؛ لأنه نوى[1] ما يحتمله لفظه ، لأنه نوى كل الفعل فى حقه ، ونية الكل فى اسم الجنس صحيح . وكل مهر وجب للمرأة بعقد أو دخول فهو للمولى ، وأما المكاتبة ومعتقة البعض فالمهر لهما ، وما لزم العبد من المهر بإذن المولى يباع فيه ؛

---

(١) وفى "ف" : لأنه يعنى ما يحتمله لفظه.

لأنه ظهر وجوبه فى حق المولى، وأما المكاتب والمدبِّر فيسعيان فيه؛ لأنه تعذّر الاستيفاء من عين الرقبة، فيستوفى من الكسب، وما لزمهم بغير إذن المولى يطالب به بعد العتق؛ لأنه لم يظهر الوجوب فى حق المولى، فصار بمنزلة الدَّين الثابت بالإقرار.

٣٩٦٤- وإذا أذن لعبده بالنكاح مطلقًا، وتزوّج امرأة نكاحًا فاسدًا ودخل بها، لزمه المهر فى الحال فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يتأخر إلى ما بعد العتق، وهذا بناء على أنّ الإذن بالنكاح مطلقًا ينصرف إلى الجائز والفاسد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما إلى الجائز وحده. وثمرة الخلاف إنما تظهر فى مسألتين: إحداهما: هذه المسألة.

٣٩٦٥- والثانية: أنّ العبد بعد ما يتزوّج هذه المرأة نكاحًا فاسدًا، لو أراد أن يتزوّج هذه أو أخرى بعد ذلك نكاحًا صحيحًا، لا يملك عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنّ الإذن انتهى، وعندهما يملك.

٣٩٦٦- وقال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": عبد تزوّج امرأتين بغير إذن المولى، ثم إنّ المولى أذن له فى النكاح، فأجاز ذلك النكاح، فإنّ أبا يوسف رحمه الله تعالى قال: القياس أنه لا يجوز، لكن استحسن أن أجيزه. وإنما أضاف جواب القياس إلى أبى يوسف؛ لأنّ أبا يوسف رحمه الله تعالى كان يقول بالقياس فى هذه المسألة، ثم رجع، وقال: بالاستحسان [ومحمد رحمه الله تعالى كان يقول: بالاستحسان][1] من الابتداء، ولم يذكر قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنه لم يحفظ عنه، لا لأن[2] قوله: بخلاف قولهما.

وجه الاستحسان: أنّ الإجازة إتمام لذلك العقد، والإذن بالشىء إذن به فيما هو من تمامه، ألا ترى أنّ الوكيل بالشراء يملك القبض؛ لأنّ القبض من تمامه، ألا ترى أنّ الوكيل بالقبض يملك إسقاط خيار الرؤية.

٣٩٦٧- بخلاف ما لو أذن له بنكاح امرأة بعينها، فتزوّج امرأة أخرى لا يجوز؛ لأنّ نكاح غيرها ليس من تمام نكاحها.

٣٩٦٨- وبخلاف العبد المحجور إذا باع شيئًا من كسبه، ثم أذن له المولى فى التجارة، وأجاز ذلك البيع حيث لا يجوز؛ لأنّ الإجازة هناك ليست من تمام ما دخل تحت الإذن؛ لأنّ

---

(١) أثبت من "ب" و "ف" و "ظ".

(٢) وفى "ف": لا لأنه.

بيع مال المولى ليس بداخل تحت الإذن فى التجارة، وكسب العبد المحجور خالص مال المولى، ألا ترى أنه لو باع هذا المال بعد الإذن فى التجارة لا يجوز، وإذا لم يكن مع هذا المال داخلا تحت الإذن لم يكن إدخال إجازة ذلك البيع [تحت الإذن، من حيث إنها إتمام لذلك البيع، أما الإجازة فى باب النكاح إتمام لذلك النكاح](١)؛ لأنّ نكاح أى امرأة شاء العبد داخل تحت الإذن، ألا ترى أنّ العبد يملك التزوّج بأىّ امرأة شاء بعد إذن المولى، فيملك ما كان من إتمامه.

٣٩٦٩- ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: القياس والاستحسان فى هذه المسألة من وجه آخر، القياس: أن يبطل النكاح الموقوف بإذن المولى عبده فى النكاح، فلا يعمل إجازة العبد. وفى الاستحسان: لا يبطل، فتعمل إجازته.

٣٩٧٠- ثم على جواب الاستحسان لا ينفذ هذا العقد من غير إجازة، بخلاف ما إذا عتق هذا العبد حيث ينفذ ذلك النكاح عليه من غير إجازة. وفيه أيضًا: إذا أذن الرجل لعبده أن يتزوّج على رقبته [فتزوّج على رقبته](٢) أمَة، أو مدبِّرة، أو أم ولد، بإذن مواليهنّ جاز النكاح، وصار رقبة العبد لمواليهنّ، وإنما جاز النكاح؛ لأنه لو لم يجز(٣) من حيث إنه يقارن بنكاحها ما ينافى نكاحها، وهو ملكها رقبة زوجها من حيث أنّ الملك فى المهر يثبت للأمَة أولا، ثم ينتقل إلى المولى، وليس كذلك، بل الملك [فى المهر يثبت للمولى ابتداء](٤)؛ لأنّ المملوك ليس من أهل الملك. ولو قلنا: إنّ الملك يثبت لها ابتداء؛ لأنّ هذا الإقرار له، فلا يكفى لفساد النكاح.

٣٩٧١- وإن تزوّج حرّة على رقبته لا يجوز؛ لأنها تملك رقبة زوجها لو أجاز النكاح مقارنا بالنكاح، لأنّ الملك فى البدلين فى المعاوضات يقع معًا، وهذا ملك له قرار، فيمنع صحة النكاح، ألا ترى أنه لو طرأ على النكاح أبطله، فإذا قارنه مع ثبوته منع ثبوته.

٣٩٧٢- وكذلك لو تزوّج مكاتبة على رقبة، كان النكاح باطلا؛ لأنه لو أجاز هذا النكاح ثبت لها حق التملك فى رقبة زوجها؛ لأنّ للمكاتب فى الكتابة حق الملك، هذا إذا أذِن له أن يتزوّج امرأة على رقبته، أما إذا أذن له أن يتزوّج امرأة، ولم يقل: على رقبتك فتزوّج امرأة حرّة، أو مكاتبة، أو مدبِّرة، أو أم ولده على رقبته، جاز النكاح بقيمته استحسانًا، بخلاف ما

---

(١) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

(٣) وفى "ب" و"ف": لأنه لو لم يجز إنما لم يجز من حيث إنه... إلخ.

(٤) أثبت من "ظ".

إذا أذن له أن يتزوّج حرّة أو مكاتبة على رقبته، فإنه لا يجوز.

٣٩٧٣- وإذا أمر مكاتبه أو مدبّره أن يتزوّج على رقبته [فتزوّج على رقبته][١] أمَة أو مدبّره أو أم ولد، جاز وهذا ظاهر؛ لأنه يجوز مثل هذا من العبد، مع أنّ العبد يقبل النقل من ملك إلى ملك.

٣٩٧٤- وكذلك لو تزوّج حرّة أو مكاتبة؛ لأنّ المرأة لا تملك شيئًا من رقبة الزوج ههنا؛ لأنّ المكاتب والمدبَّر لا يقبلان النقل من ملك إلى ملك بخلاف العبد، وإذا صحّ النكاح يجب على المكاتب والمدبّر قيمتهما، يسعيان فى ذلك؛ وهذا لأنه إن تعذّر تصحيح النكاح ههنا بعين المسمّى أمكن تصحيحه بقيمة المسمّى؛ لأنّ المسمّى صار معلومًا، إلا أنه معجوز التسليم لحق مستحق شرعًا، لا لفساد العقد، وفى مثل هذا يجوز النكاح بالقيمة، كما لو تزوّج امرأة على عبد الغير، ولم يجز ذلك الغير.

٣٩٧٥- وفى "الجامع" أيضًا: عبد تزوّج حرّة، أو أمة، أو مكاتبة، أو أم ولد، أو مدبّرة على رقبته بغير إذن المولى، فبلغ المولى ذلك فأجازه، فإن كان تزوّج أمَة، أو مدبّرة، أو أم ولد، عمل إجازته وصحّ النكاح، وإن كان تزوّج حرّة أو مكاتبة لاتعمل إجازته، وإن كان قد تزوّج على رقبته حرّة وقد دخل بها لزمه الأقل من قيمتها ومن مهر المثل، بعد ذلك ينظر إن دخل بها بعد ما أجاز المولى النكاح، يكون ذلك دينًا فى رقبته يباع فيه، إلا أن يفديه المولى، وإن دخل بها قبل إجازة المولى النكاح يؤاخذ به بما لزمه بعد العتق؛ وهذا [لأنّ هذا][٢] النكاح فاسد، والمهر فى النكاح الفاسد لا يجب بمجرّد العقد [وإنما يجب بالعقد][٣] والدخول آخرهما، فيضاف الوجوب إليه.

إذا ثبت هذا، فنقول: إذا دخل بها بعد إجازة المولى، والإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء، كان النكاح والدخول حاصلا بإذن المولى؛ لأنّ إذن المولى بالعقد إذن بالدخول، والإذن بالدخول يوجد فى المستقبل معتبر. وكان هذا دينًا لزمه بسبب هو مأذون فيه، فيؤاخذ به فى الحال، فأما إذا دخل بها قبل إجازة المولى فالإذن فى حق العقد إن عمل؛ لأنه قائم، ثم ينفسخ بعد، ففى حق الدخول لم يعمل؛ لأنه قضى وانقضى حقيقة، فبقى الدخول بغير إذن، فكان هذا دينًا لزمه بسبب هو ليس بمأذون فيه، فيؤاخذ به بعد العتق، وإن كان تزوّج على رقبته

(١) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أَمَة، أو مدبَّرة، أو أم ولد وقد دخل بها، إن دخل بها بعد إجازة المولى النكاح، لا يجب إلا المسمّى، وهو رقبة العبد لمواليهنّ؛ لأنّ الدخول جعل[1] فى نكاح نافذ، وإن دخل بها قبل إجازة المولى النكاح، فكذلك الجواب لا يجب إلا المسمّى، وهو رقبة العبد للمولى. بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: ما ذكر جواب الاستحسان، والقياس أن يجب مهر المثل بالدخول والمسمّى بالعقد، وقاسوا هذه المسألة على مسألة ذكرها فى الأصل.

٣٩٧٦- وصورتها: عبد تزوّج امرأة بغير إذن مولاه بألف درهم، ودخل بها قبل إجازة المولى النكاح، ثم أجاز المولى النكاح، ذكر أنّ القياس أن يلزمه مهر المثل بالدخول والمسمّى بالنكاح؛ لأنه بالدخول قبل الإجازة لزمه مهر المثل؛ لأنه دخل بها عن شبهة، وبالإجازة بعد النكاح يلزمه المسمّى فى النكاح. وفى الاستحسان: يجب المسمّى لا غير؛ لأنّ مهر المثل فى مثل هذه الصورة لو وجب بالدخول وجب باعتبار العقد؛ لأنه لولا العقد كان الواجب هو الحد، والمسمّى واجب بالعقد أيضًا، والعقد الواحد لا يوجب مهرين.

وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: ما ذكر من القياس ثمة لا يتأتى ههنا؛ لأنّ مولى الأَمَة ملك رقبة العبد عند الإجازة، فيسقط مهر المثل الواجب بالدخول عن شبهة، إذ المولى لا يستوجب على عبده دَينًا، وإذا سقط ذلك فى مسألتنا لم يجتمع المسمى، ومهر المثل على طريق القياس، لا كذلك مسألتنا فى الأصل.

٣٩٧٧- وإذا زوّج أمَته من عبده لا مهر لها عليه، واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى تخريج المسألة، بعضهم قالوا: لا يجب المهر أصلا؛ لأنه لا فائدة فى إيجابه. وقال بعضهم: يجب، ثم يسقط.

٣٩٧٨- وإذا أعتقت الأمَة، فلها الخيار؛ لأنّ بالعتق ازداد الملك عليها؛ لأنّ الملك قبل العتق يزول بتطليقتين، وبعد العتق لا يزول إلا بثلاث تطليقات، فكان لها أن تدفع زيادة الملك عن نفسها، وذلك بردّ أصل النكاح، فثبت لها رد أصل النكاح، وكما يثبت لها الخيار بالعتق حال قيام النكاح يثبت لها الخيار بالعتق فى العدّة عن طلاق رجعى، هكذا ذكر فى "المنتقى". ويستوى أن تكون الأمَة صغيرة أو كبيرة، إلا أنها إذا كانت صغيرة لا تتصرف بحكم هذا الخيار فسخًا ولا إجازةً ما لم تبلغ فسخًا، بأن تختار نفسها، وإجازة بأن تختار زوجها لتردده بين الضرر والنفع، والصغيرة لم تتأهّل لمثل هذا التصرّف، ولا يملك وليّها التصرّف بحكم هذا الخيار أيضًا؛ لأنّ وليّها قائم مقامها، فإذا بلغت خيّرها القاضى خيار العتق، ولا يخيّرها

---

(١) وفى "ف" و "م": حصل.

خيار البلوغ.

وقوله: ولا يخيّرها خيار البلوغ محتمل [يحتمل ولا يخيّرها خيار البلوغ][1]؛ لأنه ليس لها خيار البلوغ، ويحتمل ولا يخيّرها خيار البلوغ مع أنّ خيار البلوغ ثابت؛ لأنه ثبت لها خيار العتق، وخيار العتق ينتظم خيار البلوغ؛ لأنه أعمّ من خيار البلوغ.

وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من قال بالأول وهو الأصحّ، وهكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع" فى فصل العبد، على ما يأتى بيانه بعد هذا؛ وهذا لأنّ العقد صدر ممن هو كامل الولاية، لأنّ ولاية المولى على مملوكه بسبب الملك، ولا نقصان فى الملك، فكملت الولاية، فلا يثبت خيار البلوغ كما فى الأب والجد.

٣٩٧٩- ثم الكلام فى خيار العتق فى فصول: أحدها: أنّ خيار العتق يثبت للأنثى دون الذكر.

٣٩٨٠- والثانى: أنّ خيار العتق لا يبطل بالسكوت، ويبطل بقول أو فعل يدلّ على اختيارها النكاح. وقد ذكر الكرخى عن محمد أنّ المعتقة إذا قالت: رضيتُ بالنكاح، بطل خيارها.

٣٩٨١- والثالث: أنه يبطل بالقيام عن المجلس.

٣٩٨٢- والرابع: أنّ الجهل بخيار العتق عذر، حتى لو علمت بالعتق ولم تعلم بالخيار، لا يبطل خيارها، وإن قامت عن المجلس على ما عليه إشارات الجامع، وهو قول الكرخى وجماعة من مشايخ بخارى رحمهم الله تعالى، خلافًا لما قاله القاضى الإمام أبو طاهر الدبّاس، وأحمد بن مضا.

٣٩٨٣- والخامس: أنّ الفرقة بخيار العتق لا يحتاج فيها إلى قضاء القاضى.

٣٩٨٤- والسادس: أن الفرقة بخيار العتق فرقة بغير طلاق؛ لأنّ خيار العتق إنما يثبت للأنثى دون الذكر، والفرقة من جانب المرأة لا تكون طلاقًا. قال فى "المنتقى": وخيار العتق نظير خيار الطلاق، سوى بين الخيارين مطلقًا، وفى الكتب الظاهرة بينهما فرق فى حق بعض الأحكام، فإنّ الفرقة ثمة طلاق، والجهل ثمة ليس بعذر إلى غير ذلك من الأحكام.

٣٩٨٥- قال: وإذا زوّج الرجل عبده الصغير امرأة حرّة، ثم إن المولى أعتق العبد، ثم بلغ، فليس له خيار البلوغ ولا خيار العتق، وبهذه المسألة تبيّن أنّ الصحيح فى فصل الأَمَة قول من يقول: بأنّ خيار البلوغ غير ثابت لها، لأنه ثابت لكن ينتظمه خيار العتق، ألا ترى أنّ فى

---

(١) أثبت من "ظ".

فصل العبد خيار العتق غير ثابت، ولم يثبت له خيار البلوغ، والمعنى ما ذكرنا أنّ الإنكاح صدر ممن له ولاية كاملة، ولأنّ نكاح المملوك حق المولى باعتبار ملكه، ولم يكن حقّا للعبد عليه بطريق النظر، حتى يجب التخيّر بطريق النظر، بخلاف ما إذا أنشأ النكاح بعد العتق وهو صغير؛ لأنه حق على المولى بطريق النظر، فكان هو بمنزلة اليتيم، فيجب التخيّر بطريق النظر.

٣٩٨٦- رجل كاتب جاريته وهي بنت عشر سنين، ولم تبلغ وقبلت الكتابة، فالكتابة جائزة؛ لأنّ الكتابة منفعة محضة، لأنها تعتق بإزاء كسب يكون للمولى من غير عتق، والصبي العاقل من أهل هذا التصرّف. فإن زوّجها المولى بعد ذلك من غير إذنها توقّف النكاح على إجازتها؛ لأنّ الكتابة لما صحّت من الصغيرة العاقلة حسب صحّتها من البالغة كانت الصغيرة المكاتبة فيما يبنى على المكاتبة بمنزلة البالغة.

٣٩٨٧- ولو كانت المكاتبة بالغة وزوّجها مولاها بغير رضاها يتوقّف على إجازتها، كذا ههنا. فإن لم ترد النكاح حتى أذنت فعتقت بقي النكاح موقوفًا، ولكن على إجازة المولى لا على إجازتها، حتى يجوز بإجازة المولى، فرّق بين هذا وبين المكاتبة إذا زوّجت نفسها من رجل بغير إذن المولى. ثم إنها أدّت فعتقت نفذ النكاح عليها من غير إجازة، وإنما كان كذلك؛ لأنها إذا زوّجت نفسها بغير إذن المولى فالنكاح إنما يتوقّف لحق المولى لا لحقها، وحق المولى زال بالعتق، فزال التوقّف كالراهن إذا باع الرهن ثم قضى بالدَّين، فأما إذا زوّج المولى المكاتبة بغير رضى المكاتبة فالتوقّف لحق المكاتبة؛ لأنّ المكاتبة صارت حرّة يدا، وحريّة اليد الذي كان توقّف النكاح من المولى لأجلها تأكدّت، فازدادت بالعتق، فبقي الموجب للتوقّف [فبقي التوقّف][1]، وكان كالعبد إذا تزوّج بغير إذن المولى، ثم أذن المولى في التزويج، فإنه لا ينعقد ذلك النكاح من غير إجازة العبد أو المولى. وإن صار للعبد ولاية التزويج به بالإذن؛ لأنّ التوقّف كان لحق المولى لقيام ملكه في رقبته، وبعد الإذن ملك المولى كان باقيا فبقي التوقّف، إلا أنه لا يعمل إجازتها بعد ما عتقت قبل أن تبلغ بحكم الصغير، ونفذ إجازة المولى؛ لأنّ الولاية تحوّلت إلى المولى بحكم الولاء؛ لأنه عصبتها إذا لم يكن لها وليّ أقرب منه.

قال [أصحاب][2] مشايخنا رحمهم الله تعالى: هذه المسألة من ألطف المسائل وأعجبها، فإنهم صحّحوا إجازة المكاتبة الصغيرة؛ لأنّ نكاحها قبل العتق، وقبل العتق هي حرّة يدًا لا رقبةً، ولم يصحّحوا [إجازتها بعد العتق، وبعد العتق هي حرّة يدًا ورقبة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبت من "ب".

وصحّحوا][1] إجازة المولى نكاحها بعد العتق باعتبار أصل الملك وهو الولاء، ولم يصحّحوا إجازته قبل العتق الذى هو حال قيام الملك حقيقة.

أما الأول؛ فلأنّ قبل العتق هى مكاتبة، والمكاتبة وإن كانت صغيرة، فهى ملحقة بالبالغة حكمًا فى حق الأحكام التى تبنى على الكتابة، ولو كانت بالغة حقيقة صحّ إجازتها، فكذا إذا كانت ملحقة بالبالغة حكمًا. فأما بعد العتق لم تبقَ مكاتبة، وبطل إلحاقها بالبالغة، فصارت القضية الأصلية[2] والصغيرة بقضية الأصل ليست من أهل الإجازة، كما أنها ليست من أهل ابتداء النكاح.

وأما الثانى؛ فلأنّ قبل العتق هى ملحقة بالبالغة، ولو كانت بالغة حقيقة لاتعمل إجازة المولى عليها، فكذا إذا ألحقت بالبالغة، وبعد العتق بطل إلحاقها بالبالغة، فهذه حرّة صغيرة، والمولى وليّها إذا لم يكن لها وليّ أقرب منه، فيملك إجازة النكاح عليها كما يملك الإنشاء عليها.

ثم إذا أجاز المولى نكاحها، وعمل إجازته ونفذ النكاح عليها، كان لها الخيار إذا بلغت عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأنّ الإجازة بمنزلة النكاح مبتدأ، فكأنه تزوّجها بعد العتق. ولو كان كذلك كان لها خيار البلوغ؛ لأنه زوّجها بأثر الملك وهو الولاء، فكان ناقص الولاية [وكان كالأخ][3] والعم.

٣٩٨٨- ولو أنّ هذه المكاتبة الصغيرة حين زوّجها المولى رضيت بالنكاح وهى صغيرة بعد، حتى صحّ رضاها ونفذ النكاح، ثم أدّت فعتقت لا خيار لها حتى تبلغ، كالأَمَة الصغيرة إذا أعتقت، فإذا بلغت فلها خيار العتق عند علمائنا رحمهم الله تعالى كما ذكرنا، وليس لها خيار البلوغ، وكان ينبغى أن يكون لها خيار البلوغ؛ لأنّ ولاية المولى بحكم الملك، وبعد الكتابة ملكه ناقص، فالتزويج صدر ممن هو ناقص الولاية. والجواب: [إنما][4] لا يثبت لها خيار البلوغ، لوجهين: أحدهما: أنه يثبت لها خيار العتق؛ لأنه أعمّ، فلا يفيد إثبات خيار البلوغ معه.

والثانى: أنّ صدور العقد ممن له ولاية ناقصة، إنما يثبت الخيار إذا لم يوجد الرضى من

---

(١) أثبت من جميع النسخ التى اعتمدنا عليها.

(٢) وفى "ب" و "ف": فعادت.

(٣) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: وهو الأخ.

(٤) أثبت من "ف" و "ب" و "م".

المولى عليه بعد البلوغ، إما حقيقة [وإما][1] اعتباراً، وقد وجد الرضا منها بعد البلوغ اعتباراً على ما ذكرنا.

٣٩٨٩- قال: ولو أنّ هذه المكاتبة لم ترضَ بالنكاح، ولم تنقضه حتى عجزت، وردّت في الرق بطل النكاح، حتى لو أجازه المولى لا تعمل إجازته؛ لأنّ بالعجز [حلّت][2] للمولى فطرأ على الحلّ الموقوف حلّ بات، فأوجب بطلان الموقوف، حتى لو كان مكان المكاتبة مكاتبًا صغيراً، وقد زوّجه المولى امرأة بغير رضا. ثم عجز وردّ رقيقًا لا يبطل نكاحه، بل يبقى موقوفًا على إجازة المولى؛ لأنه لم يطرأ حلّ بات على حلّ موقوف، وكان ينبغي أن ينفذ نكاح المكاتب من غير إجازة المولى؛ لأنّ المولى رضى بهذا النكاح، وإنما يتوقّف لحق المكاتب، وقد زال حق المكاتب بالعجز، وصار الحق كله للمولى.

والجواب: أنّ المولى إنما رضى بهذا النكاح[3]؛ لأن يكون المهر والنفقة فى كسب هو غير مملوك للمولى، فإنّ كسب المكاتب حال قيام الكتابة غير مملوك للمولى، وبعد العجز يصير كسبه مملوكًا للمولى، وهو لم يرض بكون المهر والنفقة فى مثل هذا الكسب، فلهذا توقّف على إجازته، فرع على مسألة المكاتب [فقال: لو لم يجز المكاتب][4]، ولكن أدّى وعتق، بقى النكاح موقوفًا على إجازة المولى أيضًا؛ لما قلنا فى فصل المكاتبة، ففى [حق][5] المكاتب لايختلف الجواب بين العجز والعتق، إنما يختلف ذلك فى حق المكاتبة، ولو طرأ الرّق على النكاح وهو كالمقارن فى حق ثبوت خيار العتق عند أبى يوسف رحمه الله تعالى، وذلك نحو الحربيّة إذا تزوّجت ثم سبيت وأعتقت.

٣٩٩٠- والمسلمة إذا تزوّجت، ثم ارتدّت مع زوجها، ولحقا بدار الحرب، ثم سبيا، ثم أعتقت، لها الخيار فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى. وعن محمد رحمه الله تعالى: أنه لا يثبت لها الخيار، وهكذا ذكر القدورى. قال البقالى: الصحيح أنّ الخلاف على عكس هذا.

قال القدورى: قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يجوز أن يثبت لها خيار العتق مرة بعد

---

(١) هكذا فى النسخ التى اعتمدنا عليها، وكان فى الأصل: أو اعتبلراً.

(٢) هكذا فى "م" و"ب" و"ف"، وكان فى الأصل و"ظ": سلمت.

(٣) وفى "ف": إنما رضى بهذا النكاح، وإنما يتوقف ليكون المهر والنفقة فى كسبه... إلخ.

(٤) أثبت من جميع النسخ التى اعتمدنا عليها

(٥) هكذا فى باقى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: فصل.

أخرى، نحو أن يعتِق، فتختار زوجها، ثم ترتدّ مع الزوج، ثم تسبى فتعتق، فتختار نفسها.
وقال محمد رحمه الله تعالى: يثبت خيار واحد، إذا اختارت المعتقة نفسها قبل الدخول بها [فلا مهر لها أصلا، وإن اختارت بعد الدخول بها][1] وجب المسمّى لسيدها، ولو اختارت زوجها كان المسمّى لسيدها، دخل بها أو لم يدخل بها.

٣٩٩١- إذا زوّجت الأمَة نفسها بغير إذن مولاها، ثم أعتقها المولى نفذ العتق لما قلنا في جانب العبد، ولا خيار للأمَة، ويجب مهر واحد إن لم يكن الزوج دخل بها قبل العقد[2] ويكون لها؛ لأنه ملك بضعها وهي حرّة، لأن نفاذ النكاح بعد العتق، فصار كما لو عقد العقد عليها وهي حرّة، ولأجل ذلك قال: لا خيار لها، وإن كان الزوج قد دخل بها قبل العتق فالقياس أن يجب مهران، مهر للمولى بالدخول بشبهة النكاح قبل العتق، ومهر لها بنفوذ العتق، وفي الاستحسان لا يجب إلا مهر واحد وهو[3] للمولى؛ لأنّ وجوب المهر بالدخول في هذه الصورة لا يكون إلا بالعقد، ألا ترى أنه لو لم يسبق العقد لا يجب المهر بل يجب الحدّ، والعقد الواحد لا يوجب إلا مهراً واحداً، فإذا وجب مهر واحد للمولى لا يجب مهر آخر لها.

٣٩٩٢- وأما المدبّرة إذا زوّجت نفسها بغير إذن مولاها، ثم مات مولاها وعتقت، نفذ النكاح عليها كما في الأمَة، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى.

٣٩٩٣- وفي "المنتقى": إن خرجت المدبّرة من الثلث جاز النكاح، وإن لم تخرج لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى تؤدي، ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

٣٩٩٤- وأما أم الولد إذا زوّجت نفسها بغير إذن مولاها، ثم مات المولى حتى عتقت، فهل ينفذ النكاح عليها؟ لم يذكر هذا الفصل في الأصل، ومشايخنا رحمهم الله تعالى فصّلوا الجواب فيها تفصيلا، وقالوا: إن كان الزوج قد دخل بها قبل موت المولى [ثم مات المولى][4] نفذ النكاح [عليها][5]، وإن لم يدخل بها الزوج حتى مات المولى بطل النكاح. قيل: هذا الجواب إنما يستقيم على رواية ابن سماعة، فإن على روايته أمّ الولد إذا

---

(١) أثبت من النسخ الموفرة لنا.

(٢) وفي "ظ": العتق.

(٣) وفي "م": يكون.

(٤) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

(٥) هكذا في "ب".

زوّجت نفسها بغير إذن المولى، ودخل بها الزوج قبل الإجازة، ثم مات المولى لا يجب عن المولى العدّة، فينفذ النكاح، أما على ظاهر الرواية يجب العدّة عن المولى، فلا ينفذ النكاح. وإن لم يدخل بها الزوج حتى مات المولى لا ينفذ النكاح لأجل العدّة التى لزمتها للمولى، ولو لم يمت المولى ولكن أعتقها، فهو على هذا التفصيل أيضًا، إن أعتقها قبل أن يدخل بها الزوج بطل النكاح إلى آخر ما ذكرنا فى فصل الموت.

٣٩٩٥- وإذا زوّج أحد الشريكين الجارية المشتركة بدون رضا صاحبه، ودخل بها الزوج، ثم ردّ الآخر النكاح فللمزوِّج الأقل من نصف مهر المثل، ومن نصف المسمّى؛ لأنه راض بالمسمّى، ورضاه معتبر فى حقه، وللآخر نصف مهر المثل بالغًا ما بلغ؛ لأنه لم يرضَ ببطلان شىء من حقه، وإن لم يدخل بها الزوج حتى ردّ الآخر النكاح، فلا مهر لواحد منهما، خلا بها الزوج أو لم يخل؛ وهذا لأنّ الخلوة إنما تعتبر فى النكاح الصحيح، وهذا النكاح لم يصح. قال البقالى فى فتاواه: ومهر مثل الأمَة على قدر الرغبة فيها، وعن الأوزاعى ثلث قيمتها. فى البقالى أيضًا: إذا زوّج أمَته ثم أعتقها [ثم زاد الزوج فى مهرها][1] فالزيادة للمولى، رواه ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى. وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنّ الزيادة لها، وكذلك لو باعها، ثم زاده فالزيادة للمشترى.

٣٩٩٦- فى "المنتقى": ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أمَة تزوّجت بغير إذن المولى، ثم وطئها المولى، لم يكن ذلك نقضًا للنكاح، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه ينفسخ النكاح. ولو باعها على أنه بالخيار فهو نقض للنكاح من قِبل أنّ البيع ينفذ إذا سكت عن نقضه، حتى تمضى مدّة الخيار.

٣٩٩٧- بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أمَة تزوّجت بغير إذن المولى، ثم إن المولى أوصى بها لرجل، فإن قبِلها صاحب الوصيّة انفسخ النكاح [وإن لم يقبل لاينفسخ النكاح، وإن وهبها لا ينفسخ النكاح. ولو مات المولى وتركها ميراثًا فهذا فى القياس ملك حارث، فيكون فسخًا للنكاح][2]. وفى الاستحسان لا ينفسخ؛ لأنّ الوارث يقوم مقام المورِّث فى تركته. فى "المنتقى": ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: عبد تزوّج حرّة بغير إذن مولاه ودخل بها، ثم تزوّج أمَة لم يكن تزوُّجه الأمَة فى عدّة الحرّة ردًا لنكاح الحرّة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: هو ردّ،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبت من النسخ الموفرة لنا جميعًا.

بناء على أنّ عند أبى حنيفة : لا يتزوّج الأمَة فى عدّة الحرّة خلافًا لهما.

٣٩٩٨- ولو تزوّج حرّة ودخل بها، ثم تزوّج أختها لم يكن ذلك ردّا لنكاح الأولى. فى "نوادر بشر بن الوليد" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: عبد تزوّج بغير إذن مولاه أمَة رجل بإذنه، ثم قال: لا حاجة لى فى نكاحها، فهذا ردّ له، ولو لم يقل ذلك حتى دخل بها، ثم تزوّج بعض من لا يصح له نكاحًا فى عدّتها، لم يكن ذلك نقضا للنكاح. فى "المنتقى": تزوّج العبد حرّة بإذن المولى على غير مهر، ثم جعل المولى العبد لامرأته بمهرها، وقبلت ذلك، انتقض النكاح حتى ملكته، وعليها أن تردّ العبد إن لم يكن دخل بها.

٣٩٩٩- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": رجل زوّج أمَته برضاها من رجل بغير أمر الزوج، والزوج بالغ عاقل، خاطب عنه أبوه أو غيره(١) بغير أمره، حتى توقّف النكاح على إجازة الزوج، فأعتق المولى الأمَة قبل أن يجيز الزوج النكاح، بقى النكاح كذلك موقوفًا على إجازة الزوج، وأيهما شاء نقض هذا النكاح يعنى الأمَة أو الزوج قبل إجازة [الزوج](٢)، صحّ نقضه. أما إذا نقض الزوج فظاهر، وأما إذا نقضت الأمَة فلأنّ حكم العقد يلزمها عند الإجازة، فكان لها النقض؛ دفعًا لحكم العقد عن نفسه، ثم نقضها صحيح وإن لم يعلم به الزوج؛ لأنّ المولى فضولى فى النكاح فى حق الزوج، وتصرّف الفضولى غير منعقد فى حق الحكم، فصار عقد المولى فى حق الزوج بمنزلة غير المنعقد، فكان النقض فى حق الزوج امتناعًا عن العقد، لا إلزامًا على الزوج، فيصحّ من غير علم الزوج بخلاف البيع، بشرط الخيار [إذا فسخه من له الخيار](٣) بغير علم صاحبه، حيث لا يصحّ عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأنّ البيع بشرط الخيار منعقد، وإنما الحكم معلّق، فصار الفسخ إلزامًا على خصمه، فيتوقّف على علمه.

٤٠٠٠- ولو أراد المولى أن ينقض هذا العقد، بعد العتق قبل إجازة الزوج، لم يذكر هذا الفصل فى الكتاب.

وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، والصحيح أنه ليس له ذلك، وإن أجاز الزوج النكاح بعد ما عتقت حتى نفذ النكاح، لم يكن لها خيار العتق؛ لأنّ الإجازة بمنزلة نكاح

(١) وفى "ف" و "ب": أو أجنبى.

(٢) هكذا فى باقى النسخ التى اعتمدنا عليها، وكان فى الأصل: النكاح.

(٣) أثبت من جميع النسخ التى اعتمدنا عليها.

[فاسد][(١)] مبتدأ في حق الحكم، فكأنه تزوّجها بعد العتق برضاها، وهنا لا يثبت لها خيار العتق كذا هنا، ويكون المهر للمعتقة. ولو كان المولى زوّجها بغير رضاها، وباقي المسألة بحالها، ثمّ إن الأمَة بعد ما أعتقت نقضت النكاح قبل إجازة الزوج أو بعد إجازة الزوج، فإنه يعمل نقضها في الحالين، فرّق بين هذا وبين ما إذا زوّجها[(٢)] برضاها، ثم نقضت الأمَة النكاح بعد ما أعتقت، وقد أجاز الزوج النكاح حيث لا يعمل نقضها. والفرق: أنّ في الفصلين جميعًا يعتبر الإجازة بابتداء العقد، فإذا كان النكاح عليها برضاها، يجعل المولى كالمستأنف للعقد عليه برضاها بعد العتق، ولو استأنف العقد عليها برضاها بعد العتق، وأجاز الزوج النكاح، لا يصحّ نقضها بعد ذلك، وإذا كان النكاح عليها بغير رضاها يجعل المولى كالمستأنف للعقد عليها بعد العتق بغير رضاها، كان له أن ينقضه بعد إجازة الزوج وقبْلها.

٤٠٠١- قال في "الأصل": وإذا زوّج الرجل أمَته، أو مدبّرته، أو أم ولد له، وبوّأها بيتا مع زوجها، ثم بدا له أن يستخدمها، ويردّها إلى منزله فله ذلك؛ لأنّ للمولى حق استخدامها بحكم الملك، والملك قائم في المحلّ، فلا يسقط بالبيتوتة، ألا ترى أنه لا يسقط بالإنكاح. وكذلك لو كان شرط ذلك للزوج كان الشرط باطلا لا يمنعه ذلك من استخدامها؛ لأنّ المستحق للزوج بالنكاح ملك البضع، ومنافع لسائر الأعضاء باقية على ملك المولى، فيصير المولى معيراً منافع سائر الأعضاء التي بقيت على ملكه، والإعارة شرعت غير لازمة، وليس إلى العباد تغيير المشروع، فيلغو هذا الشرط.

٤٠٠٢- رجل زوّج أمته من عبد رجل، فولدت بينهما أولادا، فالأولاد لمولى الأمَة؛ لأنّ الولد يتبع الأم في الملك، ألا ترى أنّ الولد يتبع الأم في الرقّ والحرّية.

٤٠٠٣- تزوّج الرجل أمَة على أنها حرّة [فأخبرت عن حريّة نفسها، ثم ظهر بعد ذلك أنها أمَة قد أذن لها المولى في النكاح، وقد ولدت ولدا، فالولد حرّ بالقيمة لمكان الغرور، ويضمن الأب ذلك للمولى، وتعتبر القيمة يوم الخصومة، ولو مات الولد قبل الخصومة، فلا ضمان على الأب فيه، ويرجع الزوج بقيمة الولد عليها إذا أعتقت؛ لأنها لما زوّجت نفسها منه على أنها حرّة][(٣)]، فقد ضمنت له سلامة الأولاد في ضمن عقد المعاوضة، فكان بمنزلة الكفالة بعد العتق، وإن ظهر أنها مدبّرة، أو مكاتبة، أو أم ولد، فكذلك الجواب في

---

(١) أثبت من "ف".

(٢) هكذا في النسخ الباقية عندنا، وكان في "ظ": زوجها.

(٣) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إذا ظهر أنها أم ولد، فلا شيء على الأب؛ لأنّ ولد أمّ الولد لا قيمة له عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، كما لا قيمة لأم الولد، ألا ترى أنه لا يضمن بالغصب عنده كما لا يضمن أم الولد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: أنه إذا ظهر أنها مكاتبة، فلا شيء على الأب؛ لأنه لو ضمن على الأب ضمن لها، وهي إنما تسعى لتحصل الحريّة لنفسها، أو لولدها. ففي حريّة ولدها تحصيل بعض مقصودها، فكيف يجب الضمان به، ويرجع الزوج بقيمة الأولاد عليها بعد العتق لما قلنا، هذا كله إذا اشترطت الأَمَة الحريّة للزوج بغير إذن المولى. أما إذا اشترطت ذلك بإذن المولى يجب عليها قيمة الولد للزوج للحال، إلا في المكاتبة؛ فإن المكاتبة لا تؤاخذ بقيمة الأولاد للحال وإن أذن له المولى باشتراط الحريّة؛ لما ذكرنا أنّ ضمان الغرور بمنزلة ضمان الكفالة، والمكاتب لا يؤاخذ بضمان الكفالة في الحال وإن أذن له المولى، ولو مات الولد في هذه الصورة، وترك مالا، فالمال لأبيه بحكم الإرث، ولا ضمان على الأب فيه، يريد به لو مات الولد قبل الخصومة؛ وهذا لأنّ الضمان على المغرور بالمنع بعد الطلب، وإذا مات قبل الخصومة لم يوجد المنع بعد الطلب، فلم يوجد سبب الضمان. ولو قتل الولد وأخذ الأب قيمته، كان عليه قيمة الولد لمولى الأَمَة؛ لأنه سلّم له بدل نفسه، وحكم البدل حكم المبدل، فيتحقق المنع بعد الطلب.

٤٠٠٤- ولو مات الأب في هذه الصورة وبقي الولد، أخذ المولى قيمته من تركة الأب، ولا يرجع بها بقية الورثة في [حصة][1] الولد، وإن لم يترك الأب شيئًا لم يؤاخذ الولد بشيء، كما لا يؤاخذ بسائر ديون الأب، وإن كان المخبر من حريّة الجارية رجلا أجنبيًا، إلا أنّ الرجل المخبر لم يزوِّجها إياه، بل الزوج تزوّجها بنفسه على أنها حرّة، فالزوج لا يرجع على الرجل المخبر بقيمة الولد؛ لأنه لم يضمن له سلامة الولد نصًا، ولا في ضمن عقد المعاوضة؛ لأنه ما زوّجها منه، ولكن يرجع بقيمة الولد على الجارية إذا أعتقت لما ذكرنا.

٤٠٠٥- وإن كان الرجل[2] المخبر زوّجها منه على أنها حرّة، فالزوج يرجع بقيمة الولد على المخبر للحال، أما الرجوع [فلأنه][3] ضمن له سلامة الولد في ضمن عقد المعاوضة،

---

(١) هكذا في "ب" و "ف" و "م"، وكان في الأصل: حق.

(٢) وفي "ب": الولد.

(٣) أثبت من جميع النسخ التي اعتمدنا عليها.

أما في الحال [فلأنّ الحرّ يؤخذ بضمان الكفالة في الحال][(١)].

قال في "المنتقى"، قال إبراهيم: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن امرأة قالت للقاضي: زوّجني فإني حرّة، فزوّجها وقد ولدت أولادا، ثم استحقت؟ قال: يأخذها المستحق، وعقرها، وقيمة ولدها، ولا يرجع على القاضي بشيء، ولكن يرجع عليها بقيمة الولد إذا أعتقت، وإن كان المغرور عبدًا، أو مكاتبًا، أو مدبّرًا، بأن تزوّج واحد من هؤلاء امرأة بإذن المولى على أنها حرّة، ثم ظهر أنها أمَة، لا يكون مغرورًا حتى لا يكون الولد حرًّا بالقيمة، بل يكون رقيقًا، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى آخرا، وكان أبو يوسف أولا يقول: الولد حرّ بالقيمة يجب على الأب بعد العتق، وهو قول محمد رحمه الله تعالى.

٤٠٠٦- اشترى جارية وزوّجها قبل القبض، إن تمّ البيع جاز النكاح، وإن انتقض البيع بطل النكاح عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، خلافًا لمحمد. قال الصدر الشهيد: والمختار قول أبي يوسف؛ لأنّ البيع إذا انتقض قبل القبض، ينتقض من الأصل، ويصير كأن لم يكن، فيكون النكاح باطلا.

عبد طلب مولاه أن يزوِّجه معتقة فأبى، ثم تشفّع العبد أن يأذن له في التزوّج، فأذن له فذهب، فتزوّج المعتقة جاز؛ لأنّ الإذن حصل مطلقًا أوعامًا. في "مجموع النوازل": في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: إذا أذِن الوارث مكاتبة مورِّثه في النكاح جاز؛ لأنهم إن لم يملكوا رقبة، فالولاء لهم.

٤٠٠٧- وفيه أيضًا: عبد تزوّج امرأة، ثم امرأة، ثم امرأة، فبلغ المولى فأجاز الكل، فإن لم يكن دخل بهنّ جاز نكاح الثالثة؛ لأنّ الإقدام على نكاح الثالثة ردّ لنكاح الأولى والثانية، بقي الموقوف نكاح الثالثة، وإن كان دخل بهنّ فسد نكاحهنّ؛ لأنّ الإقدام على نكاح الثالثة لا يمكن أن يجعل ردًا بعده للأولى والثانية، ونكاح الثالثة في عدّة الأولى والثانية لايجوز.

٤٠٠٨- وكذلك الحرّ إذا تزوّج عشر نسوة بغير إذنهنّ، فبلغهنّ فأجزن جميعًا [جاز نكاح][(٢)] التاسعة والعاشرة؛ لأنّ نكاح الخامسة [ردّ لنكاح الأربع التي قبلها، ونكاح التاسعة ردّ لنكاح الخامسة][(٣)]، والسادسة، والسابعة، والثامنة، فكان الموقوف نكاح التاسعة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

والعاشرة.

٤٠٠٩- فى "الأصل": الأب يملك تزويج أمَة ولده الصغير، وكذا الوصىّ، ولايملكان تزويج عبد الصغير، وهل يملكان تزويج أمَة الصغير من عبده؟ سيأتى فى فصل المتفرِّقات.

٤٠١٠- والمكاتب يملك تزويج أمَته، وكذا الشريك شركة مفاوضة، وأما العبد المأذون [والصبى المأذون][1]، والشريك شركة عنان، والمضارب، لا يملكون تزويج الأمَة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف: يملكون -والله تعالى أعلم-.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل العشرون
فى نكاح الكفار

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

٤٠١١- نوع منه فى نكاح أهل الذمة : كل نكاح جائز بين المسلمين فهو جائز بين أهل الذمة، وما لا يجوز بين المسلمين فهو أنواع : منها النكاح بغير شهود. قال [محمد][(١)] : إذا تزوّج الذمّى ذميّة بغير شهود وهم يدينون ذلك فهو جائز، حتى لو أسلما يقرّان على ذلك عند علماءنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، وكذلك إذا لم يُسلما ولكن طلبا من القاضى حكم الإسلام أو طلب أحدهما ذلك، فالقاضى لا يفرّق بينهما.

٤٠١٢- وكذلك نكاح معتدّة الغير، قال محمد رحمه الله تعالى : إذا تزوّج الذمّى بامرأة وهى معتدّة الغير، إن وجبت العدّة من مسلم كان النكاح فاسداً بالإجماع، ويتعرّض لهم فى ذلك قبل الإسلام وإن كانوا يدينون جواز النكاح فى حال العدّة، وإن وجبت العدّة من كافر وهم يدينون جواز النكاح فى حال العدّة، فما داموا على الكفر لا يتعرّض لهم بالإجماع، وإن أسلما، أو أسلم أحدهما، فعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : يفرّق بينهما، وكذلك إذا لم يسلما، ولكن ترافعا إلى القاضى وطلبا حكم الإسلام، أو رافع أحدهما، أما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فالقاضى لا يفرّق بينهما أسلما أو أسلم أحدهما، رافعاه أو رافع أحدهما.

واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى تخريج قوله : وأكثرهم على أنّ العدّة لا تجب عنده على الذميّة من الذمّى ؛ لأنّ خطاب العدّة لم يعمل فى حقهم، ألا ترى أنهم لو لم يدينوا وجوب العدّة لا يتعرّض لهم فى ذلك ؛ وهذا [لأنهم لا يخاطبون لحقوق الشرع، وأما إن تجب لحق الزوج، ولا وجه إليه][(٢)] ؛ لأنّ العدّة إنما تجب عليها حقّا للشرع، ولا وجه إليه إذا كان الزوج لا يدين بذلك، بخلاف ما إذا كانت العدة من المسلم ؛ لأنّ خطاب العدّة إذا كانت العدّة من المسلم [تعمل][(٣)] فى حقهم، ألا ترى أنهم لم يدينوا وجوب العدّة من المسلم

---

(١) أثبت من "ف" و "ب".

(٢) هكذا فى "ظ".

(٣) هكذا فى "ب" و "ظ"، وكان فى الأصل : لم.

[يتعرّض][1] لهم في ذلك ؛ وهذا لأنه أمكن إيجاب الخاطب العدّة من المسلم لحقه إن لم يمكن إيجابها لحق الشرع ، وإذا لم تجب العدّة [من المسلم لحقه إن لم يمكن][2] على الذميّة من الذمّي ، كان النكاح مصادفًا محلا فارغًا [فيصح][3] .

٤٠١٣- ومنها نكاح المحارم ، والجمع بين [الخمس ، والجمع بين][4] الأختين ، قال محمد رحمه الله تعالى : إذا تزوّج ذمّي محارمه ، أو تزوّج بخمس نسوة ، أو بأختين ، فما داموا على الكفر أو لم يرافعوا إلينا لا يتعرض لهم بالاتفاق إذا كانوا يدينون على ذلك ، غير أن على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هذا النكاح يقع فاسدًا حالة الكفر ، حتى لو طلبت من القاضي[5] النفقة فالقاضي لا يقضي لها بذلك ، ولا يجري الإرث بينهما ، وإذا دخل بها يسقط إحصانه ، حتى لو أسلم بعد ذلك وقذفه قاذف لا يحد ، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فاختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، قال مشايخ العراق : يقع فاسدًا ، وقال مشايخنا : يقع جائزًا ، واتفقوا على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لايجري الإرث ، ويقضي القاضي بالنفقة ، ولا يسقط إحصانه متى دخل بها ، واتفقوا على قوله أيضًا إنه لو تزوّج أختين في عقدة واحدة ، ثم فارق إحداهما قبل الإسلام ، ثم أسلما أنّ بقي نكاحها على الصحة[6] حتى يقرّا عليه ، والباقي غير الثابت ، وإنه دليل جواز هذا النكاح .

فإن أسلما ، أو أسلم أحدهما يفرق بينهما بالإجماع ، وكذلك إذا لم يسلما ، ولكن رفعا الأمر إلى القاضي ، وإن رفع أحدهما الأمر إلى القاضي فالقاضي يفرّق بينهما . قال القدوري في كتابه : وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : يفرّق القاضي بينهما إذا علم بذلك ، سواء ترافعا إليه أو لم يترافعا .

٤٠١٤- وإذا طلق الذمي امرأته ثلاثًا ، أو خالعها ، ثم أقام عليها ، فرافعته إلى السلطان ، فالقاضي يفرّق بينهما بالاتفاق ، بخلاف نكاح المحارم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، فإنه لا يفرّق بينهما بمرافعة أحدهما .

وأما إذا تزوّجها بعد الطلقات الثلاث برضاها قبل التزوّج بزوج آخر ، قالا : هذا ونكاح

---

(١) هكذا في "ظ" ، وفي "ب" : فعرض ، وكان في الأصل : فوجب.

(٢) هكذا في الأصل ، وهو تكرار.

(٣) أثبت من "م" و "ف".

(٤) أثبت من "م".

(٥) وفي "م" : قاضي المسلمين.

المحارم فى جميع التفريعات على السواء، هكذا ذكر فى "الأصل".

٤٠١٥- وفى القدورى: إذا طلّق امرأته ثلاثًا، أو خالعها، ثم أقام عليها فإنه يفرّق بينهما وإن لم يترافعا. قوله: وإن لم يترافعا يحتمل ترك المرافعة [منهما[1]، وتحتمل ترك المرافعة][2] من أحدهما. وإذا تزوّج الذمى ذميّة على أن لا مهر لها صحّ ذلك، ولا شىء لها وإن أسلمت فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى. وقال أبو يوسف محمد رحمهما الله تعالى: لها مهر مثلها.

٤٠١٦- ولو تزوّجها وسكت عن المهر فلها مهر المثل فى ظاهر رواية "الأصل"، قال أبو الحسن الكرخى: قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا فرق بين حالة السكوت والنفى، ولا يجب المهر إلا إذا سمّى.

٤٠١٧- ولو تزوّجها على ميتة أو دم، فلها مهر مثلها فى رواية "الأصل"، وذكر فى "الجامع الصغير" أنه لا يجب شىء. ولو تزوّجها على خمر، أو خنزير، فهو جائز، ولها المسمّى. فإن أسلما، أو أسلم أحدهما، فإن كان الخمر والخنزير عينًا فى العقد فلها ذلك، وليس لها غيره فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يجب الخمر والخنزير بعد إسلام أحدهما، وأجمعوا على أنه إذا سمّى الخمر والخنزير دينًا فى الذمة لم يجب لها غير ذلك، ولم يكن لها أن تقبض. بعد هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يجب لها فى الخمر القيمة، وفى الخنزير مهر المثل. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لها مهر المثل فى الخمر والخنزير، سواء كان بعينه، أو بغير عينه. وقال محمد رحمه الله تعالى: لها القيمة فى ذلك كله، وإن كان المهر مقبوضًا قبل الإسلام، فلا شىء لها مهرًا، ويجوز المناكحة بين أهل الذمّة وإن اختلفت شرائعهم، والمولود بين الكتابى والمجوسى [تابع للكتابى][3] تحل مناكحته للمسلمين، وتحل ذبيحته عندنا خلافًا للشافعى رحمه الله تعالى.

٤٠١٨- قال فى "الأصل": وإذا زُوِّجت صبية من صبى، وهما من أهل الذمة فأدركا، فإن كان المزوِّج أبا فلا خيار لهما؛ لأنّ الشفقة لا تتفاوت، وإن كان المزوِّج غير الأب والجد،

---

(٦) هكذا فى "م"، وفى بقية النسخ التى عندنا: ثم أسلم أن الباقية نكاحها على الصحة.

(١) وفى "ب" و"ف": بينهما.

(٢) أثبت من "ظ" و"م".

(٣) أثبت من "ظ" و"ب".

فلهما الخيار عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى .

٤٠١٩- وإذا تزوجت الذمية ذميًا ، فقال الولى : هو ليس بكُفء ، لا يلتفت إلى قوله ؛ لأنهم أكفاء بعضهم لبعض ؛ لأن ذلّ الشرك وصغار الجزية يجمعهم ، فلا يظهر مع ذلك نقصان النسب ، ألا ترى أنهم لو استرقوا كانوا على السواء ، ولو أعتقوا كذلك ، ولو أسلموا كذلك ، فلا يكون للولى أن يخاصم . قال : إلا أن يكون أمرًا مشهورًا ، يعنى كانت بنت ملك خدعها حائك ، أو كنّاس ، فهذا يفرّق بينهما لا لانعدام الكفاءة ، بل من تسكين الفتنة ، والقاضى مأمور بتسكين الفتنة فيما بينهم ، كما هو مأمور به فيما بين المسلمين .

نوع منه فى نكاح أهل الحرب:

٤٠٢٠- الحربى إذا تزوج حربية على أن لا مهر لها لا يجب المهر بلا خلاف ، بخلاف الذميين على قولهما .

٤٠٢١- وإذا تزوج الحربى بخمس نسوة ، أو بأختين ، ثم أسلم ، وأسلمن معه ، قال : فإن تزوج واحدة بطل نكاحهن ، وإن تزوجهن فى عقد متفرقة صح نكاح الأربع الأول ، وبطل نكاح الخامسة ، وكذلك الحكم فى الأختين إن تزوجهما فى عقدة واحدة بطل نكاحهما ، فإن تزوجها فى عقدين متفرقين ، صح نكاح الأولى ، وبطل نكاح الثانية ، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف .

وقال محمد : يختار من الخمس أربعًا ، ومن الأختين واحدة ، سواء يزوجها أو يزوجهن فى عقدة واحدة ، أو فى عقدٍ متفرقة .

وجه قول محمد رحمه الله : إنّ الأنكحة وقعت صحيحة فى الأصل ؛ لأنّ حرمة الجمع بخطاب الشرع ، وخطاب الشرع قاصر عنهم ، ألا ترى أنه لو ماتت واحدة من الخمس ، أو من الأختين ، أو فارقهما قبل الإسلام ، ثم أسلم كان نكاح الباقية على الصحة ، وإنما تثبت حرمة الجمع فى حقه فى حالة الإسلام ، فيجب الإعراض عما وجد فى الابتداء من الإجماع فى العقد والتفريق ، فيجب اعتبار حالة الإسلام بدفع ما يتحقق به الجمع ، وهو نكاح إحداهما فى الأختين ، ونكاح إحداكن فى الخمس .

قال محمد رحمه الله فى "السير الكبير" : ولو كانت هذه العقود فيما بين أهل الذمة كان الجواب على قول أبى حنيفة وأبى يوسف ؛ لأنّ الخطاب لحكم الشرع ، وفى دار الإسلام يجعل ثابتًا فى حق أهل الذمة ، وإن كنا لا نتعرض لهم ما لم يسلموا .

وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا : خطاب التحريم لسبب الجمع كان موجودًا لدار الكفر ، لكن امتنع عمله لمكان الكفر ، فإذا زال الكفر يعمل الخطاب عمله على وجه لولا المانع لكان عاملا ، فيثبت الحكم السبب للابتداء ، ولو الكفر حرم نكاح الكل واحد ؛ لأن الجمع حصل الكل وحرم نكاح الخامسة والأخت الثانية ، فإن النكاح متفرقًا ، كان الجمع حصل بها ، كذا هذا .

٤٠٢٢- وعلى هذا لو أسلم وله أم وبنت ، وأسلمتا معه ، فإن كان تزويجهما فى عقد واحد بطل نكاحهما ، ثم ينظر إن لم يكن دخل بهما ، فله إن يتزوج الابنة دون الأم ، وإن كان دخل بهما لم يكن له أن يتزوج بواحدة منهما ، وكذلك إن كان دخل بالأم وحدها ، وإن كان دخل بالابنة الابنة وحدها ، فله أن يزوج الابنة دون الأم ، وإن كان يزوجهما فى عقدين ، فنكاح الأولى جائز ، ونكاح الثانية فاسد ، وهذا إذا لم يدخل بهما ، أو دخل بالأولى لها ، فنكاح الابنة صحيح ، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف .

وأما على قول محمد : فسواء يزوجها فى عقدة واحدة ، أو فى عقدين ، فنكاح الابنة صحيح ؛ لأنّ العقد على الأم ، والعقد على بنت يوجب حرمة الأم إلا أن يكون دخل بالأم ، فحينئذٍ يفرق بينه وبينهما ، وهذا إذا كان دخوله بالأم بعد ما تزوج الابنة ، فإن كان قبل أن يتزوج الابنة ، فنكاح الأم صحيح ؛ لأن الدخول بها يحرم البنت ، فإذا لم يصح نكاح البنت لا تحرم الأم بذلك ، إلا أن يكون دخل بالابنة أيضًا ، فحينئذٍ تقع الفرقة بينه وبينهما بالمصاهرة ، وليس له أن يتزوج واحدة منهما .

وإن أسلم الحربىّ وامرأته ، وقد كان نكاحهما بعد أن طلقها ثلاثًا قبل أن تنكح زوجًا آخرَ ، فرق بينهما ؛ لأن التطليقات الثلاث تقع فى دار الحرب ، كما فى دار الإسلام ، فإنهم يعتقدون ذلك ، وهى سبب حرمة المحل إلى وقت إصابة الزوج الثانى بمنزلة الحرمة بالقرابة والرضاع ، فكما أن ذلك يوجب التفريق بعد الإسلام ، فكذلك هنا ، وكذلك لو جامع أمها أو ابنتها ، أو قبّل واحدة منهما بشهوة ؛ لأن الحرمة بسبب المصاهرة نظير الحرمة بسبب الرضاع ، وذلك يتحقق فى دار الحرب كما يتحقق فى دار الإسلام ، فهذا مثله .

٤٠٢٣- إذا خرج أحد الزوجين من دار الحرب إلى دار الإسلام ، وترك الآخر كافرًا فى دار الحرب ، وقعت الفرقة بينهما عندنا ذلك نظر إن كان الخارج وهو الزوج ، فلا عدة على المرأة بلا خلاف ، وإن كان الخارج هى المرأة فلا عدة لها عند أبى حنيفة رضى الله عنه خلافًا لهما ، وقد مر فى مسألة المرأة قبل هذا فى فصل ما يجوز من الأنكحة ، وما لا يجوز .

٤٠٢٤- وكذا لو خرج أحدهما بطل النكاح إن كان ذميًا، ووقعت الفرقة بينهما، ولو خرج إلينا بأمان لم يقع الفرقة بينهما.

ولو سبى الحربى مع أربع نسوة له بطل نكاح الكل عند أبى حنيفة وأبى يوسف، سواء زوجن فى عقد واحدة، أو فى عقد من فرقة، بخلاف ما إذا أسلم مع خمس نسوة تحته، أو مع أختين؛ لأن فى هذه الصورة حال وقوع النكاح لم يكن سبب التحريم قائمًا، وكان نكاح الأربع مشروعًا، فوجب اعتبار حالة البقاء واعتبار حالة البقاء موجب بطلان نكاح الكل؛ لأن الجمع يقوم بالكل بخلاف مسألة الإسلام على ما ذكرنا.

نوع منه فى نكاح المرتدّ:

٤٠٢٥- إذا ارتدّ أحد الزوجين وقعت الفرقة بينهما فى الحال، هذا هو جواب ظاهر الرواية، وبعض مشايخ بلخ و [بعض][1] مشايخ سمرقند رحمهم الله تعالى كانوا يفتون بعدم الفرقة بارتداد المرأة حسمًا[2] لباب المعصية، وعامّتهم على أن تقع الفرقة إلا أنها تجبر على الإسلام، والنكاح مع زوجها الأول؛ لأنّ الحسم يحصل بالجبر على النكاح مع الأول، ومشايخ بخارى كانوا يقولون هذا.

٤٠٢٦- وفى "المنتقى" : عن أبى يوسف رحمه الله تعالى برواية ابن سماعة: إذا تكلمت بالكفر وقلبها مطمئن [بالإيمان، بانت][3]، وهى مشركة، ثم إن كانت المرأة هى المرتدة، ولم يكن الزوج [دخل بها، فلا مهر لها، وهذه فرقة بغير طلاق بلا خلاف، وإن كان الزوج هو المرتد، ولم يكن الزوج][4] دخل بها، فلها نصف المهر، وتكون هذه فرقة بغير طلاق عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وعند محمد: تكون فرقة بطلاق.

٤٠٢٧- ولو ارتدّ الزوجان معًا لا تقع الفرقة استحسانًا عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، فإن أسلما فهما على نكاحهما، وإن أسلم أحدهما وقعت الفرقة بينهما، ويجعل إصرار صاحبه على الردّة بعد إسلامه كإنشاء الردّة منه. مسلم تحته نصرانية تمجّسا معًا فهما على النكاح. قال: لأنّ هذا منهما ردّة، فصار كما لو ارتدّا معًا. قال: ولو تهوّدا بانت منه،

(١) هكذا فى "ب" و"ف" و"م".

(٢) حسمًا: قطعا سدًا

(٣) هكذا فى "ب" و"م" و"ظ".

(٤) أثبت من جميع النسخ التى اعتمدنا عليها.

قال : لأنّ هذا منهما ليس بردّة ، فصار كأنه ارتدّ الزوج وحده . روى هذه المسألة مع هذا التعليل ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى .

وعن محمد رواية أخرى فى التهوّد أنها لا تبين كما لو تمجّسا ، فحصل عن محمد رحمه الله تعالى فيما إذا تهوّدا روايتان ، وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيما إذا تهوّدا روايتان أيضًا ، وفيما إذا تمجّسا رواية واحدة أنهما على النكاح . وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى روايتان فى الفصلين جميعًا .

٤٠٢٨- وفى "الأصل" : إذا أسلم النصرانى وتحته نصرانية ، فتحوّلت إلى اليهوديّة وهى امرأته، كما لو كانت يهوديّة فى الابتداء . وإن أسلم النصرانى وتحته مجوسيّة ، ثم ارتد عن الإسلام بانت منه ؛ لأنّ النكاح بعد إسلامه باقٍ ما لم يفرق القاضى بينهما ، وتفرّد أحد الزوجين بالردّة يوجب الفرقة . وكذلك لو أسلمت المجوسيّة ثم ارتدّت بانت منه ، وإن لم يرتد الزوج ، ولم تسلم هى حتى مات الزوج فلها المهر كاملا ، دخل بها أو لم يدخل بها .

٤٠٢٩- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع" : مسلم تزوّج صبيّة مسلمة زوّجها أبوها منه ، ثم ارتدّ أبواها عن الإسلام -والعياذ بالله تعالى- ولحقا بدار الحرب أو لم يلحقا ، فإنها لا تبين من زوجها ما دامت فى دار الإسلام ؛ لأنها بقيت مسلمة ما دامت بقيت فى دار الإسلام .

بيانه : وهو أنّ الصغيرة قبل ارتداد الأبوين كانت مسلمة تبعًا للأبوين ولدار الإسلام ؛ لأنّ لدار الإسلام أثر فى الاستتباع كما للأبوين ، ألا ترى أنّ من سبى صغيرًا أو صغيرة وأدخله دار الإسلام ، يحكم بإسلامه كما دخل دار الإسلام تبعًا للدار حتى لو مات يصلى عليه . وإذا كان لدار الإسلام أثر فى الاستتباع كما للأبوين ، كان إسلام الصغيرة حكمًا بسبب التبعية مضافًا إليهما ، أو أحدهما قائم بعد ردّتهما ، فبقى إسلامها .

فإن قيل : دار الإسلام إنما يوجب إسلام الصغير حال فقد الأبوين ، كما فى الصغير إذا سبى وحده ، فأما حال وجود الأبوين فلا ، ألا ترى أنّ الولد الحادث بين النصرانيين فى دار الإسلام ، أو بين اليهوديين يكون نصرانيًا أو يهوديًا تبعًا [للأبوين][1] ، ولا يكون مسلمًا تبعًا للدار ؛ وهذا لأنّ سبب الاستتباع فى جانب الأبوين أقوى ، لأنّ سبب الاستتباع فى جانبها بالجزئية والبعضيّة ، وفى الدار بالمجاورة والاتصال ، وأبدًا يحال بالحكم إلى الأقوى ، فجعلناها مسلمة تبعًا للأبوين ، وبارتدادهما زالت التبعية فيحكم بكفرها ، وتبين من زوجها .

---

(١) أثبت من النسخ التى اعتمدنا عليها.

قلنا : إنما يحال بالحكم على أقوى السببين إذا كان الأقوى من السبب يوجب من الحكم بخلاف ما يوجبه الأضعف؛ لأنه حينئذٍ تعذّر العمل بهما لما بينهما من التنافى فى الحكم، فيجب العمل بالرّاجح كما فى المسألة التى أوردها، إذ الشخص الواحد لا يتصور أن يكون مسلمًا وكافرًا إذا، فأما إذا كان الحكم [واحدًا يضاف الحكم إليهما، ألا ترى أنه لو كان فى حادثة نص الكتاب وخبر الواحد والقياس ويوجب الكل حكمًا واحدًا كان ذلك الحكم](١) مضافًا إلى الكل، فيقال : هذا حكم ثبت بالكتاب والسنة والقياس، وهذا الحكم واحد وهو إسلامها، فأضفناه إليهما والتقريب ما ذكرنا، حتى لو لحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها؛ لأنّ تبعيّة الدار قد زالت كما زالت تبعيّة الأبوين، فحكمنا بردّتها فبانت وبطل مهرها [ولو ماتت أمها مسلمة فى دار الإسلام، أو بعد ما ارتدت ولحق بالصبية أبوها مرتدًا بدارالحرب](٢) لم تبن من زوجها، بخلاف ما إذا كانا حيين ولحقا بالصبية بدارالحرب مرتدًا، فإنها تبين من زوجها.

٤٠٣٠- مسلم تزوّج صبية نصرانية زوّجها أبوها، وأبواها نصرانيان، ثم تمجّس أحد أبويها، وبقى الآخر على النصرانية، فالابنة لا تبين من زوجها؛ لأنّ الولد يتبع خير الأبوين دينًا، وخيرهما دينًا النصرانى، فإنّ النصرانى أقرب إلى الإسلام من المجوسى، حتى تحل ذبيحته ويحل للمسلم نكاح النصرانية، فبقيت نصرانية تبعًا لوالدها النصرانى. ولو كان الأبوان تمجّسا والجارية صبية على حالها بانت من زوجها، وإن لم يدخلاها دار الحرب. فرّق بين هذه المسألة وبين المسلمة الصغيرة إذا ارتد أبواها لا تبين من زوجها ما لم يدخلاها دار الحرب.

والفرق : أنّ فى تلك الصورة، الصغيرة بقيت مسلمة بعد ارتداد الأبوين تبعًا لدار الإسلام، وهذا لا يمكن إبقاؤها نصرانية تبعًا للدار، إذ الدار ليست دارًا للتنصُّر، فاستشهد فى الكتاب بحال بقاء النكاح بحال ابتداءها، فقال : ألا ترى أنّ بعد تمجّس الأبوين ليس للقاضى ولا لأحد أن يزوّج الصغيرة من مسلم، وبعد ردّة الأبوين جاز للقاضى أن يزوّج الصبية من مسلم، فكذا فى حالة البقاء. قال : وليس لها من المهر قليل ولا كثير، علّل فقال : لأنّ الفرقة جاءت من قِبلها.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ" : ولو بانت أنها مسلمة فى دار الإسلام، وبعد ما ارتدت، ولحق بالصبية أبواها مرتدين بدار الحرب.

فإن قيل : كيف يستقيم هذا التعليل، فإنه لم يوجد منها صنع أصلا، إنما الصنع للأبوين فى التمجّس؟ قلنا : ما قاله محمد رحمه الله تعالى مستقيم؛ لأنه لم يقل الفرقة جاءت لصنعها حقيقة، وإنما قال : جاءت من قِبلها، أى من عندها؛ لأنّ الفرقة وقعت بردّتها تبعًا للأبوين، وتبعيّتها بسبب الصغر، وصغرها من قِبلها؛ لأنه وضعها.

وكذلك الجواب فيما إذا بلغت معتوهة [حتى جاز النكاح؛ لأنها إذا][1] بلغت معتوهة بقيت تابعة للأبوين والدار فى الدِّين؛ لأنه ليس للمعتوهة إسلام نفسها حقيقة، فكانت بمنزلة الصغيرة من هذا الوجه.

٤٠٣١- امرأة بالغة مسلمة صارت معتوهة، ولها أبوان مسلمان زوّجها أبوها وهى معتوهة، حتى جاز النكاح، ثم ارتدّ الأبوان والعياذ بالله تعالى ولحقا بها بدارالحرب، فإنها لاتبين من زوجها [فرّق بين هذا وبين الصغيرة المسلمة ارتد أبواها، ولحقا بها بدار الحرب، فإنها تبين من زوجها][2].

والفرق : أنها إذا بلغت عاقلة فقد زالت تبعية الأبوين، فإذا وصفت الإسلام صارت مسلمة بإسلامها مقصودًا، وبعد العته إسلامها باقٍ حقيقة؛ لأنّ العته لا ينافى الإسلام، فأما الصغيرة فهى مسلمة تبعًا للأبوين لا بإسلام نفسها، وبعد ما ارتدّ الأبوان لا يمكن إبقاءها مسلمة تبعًا للأبوين، وليس لها إسلام نفسها، فلهذا بانت من زوجها. والصغيرة إذا عقلت الإسلام ووصفت، ثم صارت معتوهة كانت بمنزلة هذه؛ لأنها لما عقلت الإسلام ووصفت صارت مسلمة بطريق الأصالة كالبالغة.

٤٠٣٢- مسلم تزوّج نصرانية صغيرة ولها أبوان نصرانيان، وكبرت وهى لا تعقل دِينًا من الأديان [ولا تصفه وهى غير معتوهة فإنها تبين من زوجها. معنى قوله : "لاتعقل دِينًا من الأديان" لا تعرف دِينًا من الأديان][3] بقلبها، ومعنى قوله : "لاتصفه" لا تعرفه باللسان؛ وهذا لأنه لم يبقَ لها دِين الأبوين لزوال التبعية، ولم يظهر لها جهة الأصالة، فكانت جاهلة ليس لها ملة معيّنة، والملّة المعيّنة شرط النكاح [ابتداء وبقاء][4].

---

(١) أثبت من "ف".

(٢) هكذا فى "ف" و "م".

(٣) أثبت من النسخ التى اعتمدنا عليها.

(٤) هكذا فى "ف"، وكان فى الأصل، والنسخ التى عندنا : ابتداءها.

٤٠٣٣- وكذلك الصغيرة المسلمة إذا بلغت[١] وهى لا تعقل الإسلام، ولا تصفه، وهى غير معتوهة، بانت من زوجها لما ذكرنا. ومحمد رحمه الله تعالى سمّى هذه فى الكتاب مرتدّة؛ لأنّا حكمنا بإسلامها بطريق التبعيّة، والآن حكمنا بكفرها، فكانت مرتدّة. ولم يذكر فى الكتاب إذا بلغت فعرفت الإسلام، بأن قالت: أنا أعقل الإسلام وأعرفه، وأقدر على وصفه، إلا أنى لا أصفه، أنها هل تبين من زوجها؟ قيل: يجب أن يكون فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى على قول من يشترط الإقرار[٢] باللسان لصيرورته مسلمًا تبين من زوجها؛ لأنها تركت ما هو الركن بلا عذر.

وكذلك لم يذكر ما إذا قالت: أنا أعقل الإسلام وأعرفه، لكنى لا أقدر على الوصف، هل تبين من زوجها؟ قيل: يجب أن يكون فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى على نحو ما بيّنا، على قول من يشترط الإقرار باللسان تبين من زوجها؛ لأنها تركت ركنًا بغير عذر؛ لأنّ العجز إنما جاء من ناحية الجهل، لا لعدم الآلة. والجهل فى دار الإسلام ليس بعذر، ولو كانت هاتان اللتان بلغتا قد عقلتا الإسلام، أو النصرانية قبل أن تبلغا، ولكن لم تصفا ذلك ولا غيره لم تبن واحدة منهما من زوجها، فهذا دليل على أنّ من صدّق بقلبه كان مسلمًا، وإن لم يقرّ بلسانه، وهكذا روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى كتاب "العالم والمتعلّم"، وبه أخذ الشيخ الإمام الهدى أبو منصور الماتريدى رحمه الله تعالى، وهو مذهب أبى الحسن الأشعرى رحمه الله تعالى.

وعامة مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: لا، بل الإقرار باللسان شرط لصيرورته مسلمًا، وتأويل هذه المسألة على قول عامّة المشايخ رحمهم الله تعالى أنهما إن عقلتا الإسلام قبل البلوغ، ولم تصفا ذلك ولا غيره، فإنهما لا تبينان من زوجهما ما دامتا صغيرتين؛ لأنهما ما دامتا صغيرتين كانت تبعيّة الأبوين باقية، فكانت المسلمة مسلمة، والنصرانية نصرانية تبعًا، أما بعد البلوغ فلا، فإن وصفت النصرانيّة والمجوسيّة [وداومت][٣]، بانت من زوجها عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأنهما بمنزلة الردّة، وردّة الصبى العاقل صحيحة عندهما.

٤٠٣٤- وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى: إن تمجّست وكانت مسلمة لا تبين من

(١) وفى "م": الصغيرة المسلمة إذا بلغت عاقلة.

(٢) وفى "ف": على نحو بينا قول من يشترط... إلخ.

(٣) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

زوجها؛ لأنّ ردّة الصبى المسلم عنده غير صحيحة . وإن تمجّست وكانت نصرانيّة فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، على قوله بعضهم قالوا: تبين من زوجها بخلاف ما إذا كانت مسلمة؛ لأنّ التمجّس هناك إنما يصح لما فيه من ضرورة زوال الإسلام، وإنه لا يتأتّى ههنا؛ لأنها انتقلت من كفر إلى كفر، فصحّ التمجّس منها، فتبين من زوجها. وبعضهم قالوا: لا تبين من زوجها؛ لأنه إذا لم يكن فى التمجّس ضرر زوال الإسلام، ففيه ضرر بينونتها عن الإسلام، والصبى محجور عما هو ضرر فى حقه، فلم يصح التمجّس منها، فلهذا لا تبين من زوجها.

نوع آخر فى إسلام أحد الزوجين:

٤٠٣٥- إذا أسلم أحد الزوجين فى دار الإسلام، فإن كان الذى أسلم هى المرأة يعرض الإسلام على الزوج، فإن أسلم بقيا على النكاح، وإلا فرّق بينهما، ويحتاج فى هذه الفرقة إلى قضاء القاضى، ويكون هذا فرقة بطلاق عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى إذا كان الزوج من أهل الطلاق، وإن لم يكن الزوج من أهل الطلاق، بأن كان صبيّا عقل الإسلام حتى اعتبر إباءه، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: هى فرقة بغير طلاق؛ لأنّ الصبى ليس من أهل الطلاق. وقال بعضهم: هى فرقة بطلاق؛ لأنّ الطلاق هو المتعيّن للفرقة شرعا، فإذا استحقت الفرقة لم يستحق إلا بما وضع له شرعا، ويكون لها نصف المهر إن كان أبى الزوج قبل الدخول بها، ونفقة العدّة إن كان بعد الدخول بها.

وإن كان الذى أسلم هو الزوج، فإن كانت المرأة كتابيّة أقرّا على النكاح، وإن كانت مجوسيّة أو وثنيّة عرض عليها الإسلام، فإن أسلمت فهى امرأته، وإلا فرّق بينهما، ويكون هذه فرقة بغير طلاق بلا خلاف، ولا مهر لها إن كان الإباء قبل الدخول بها، وإن كان بعد الدخول بها، فليس لها نفقة العدّة. وإن أسلم أحد الزوجين فى دار الحرب، فإنّ الفرقة تقف على مضى ثلاث حيض، فإذا مضت وقعت الفرقة؛ وهذا لأنه تعذّر اعتبار التفريق من جهة القاضى، لانقطاع ولايته من دار الحرب، ولانقضاء ثلاث حيض أثر فى وقوع الفرقة بالطلاق، فأقمنا مضى ثلاث حيض مقام التفريق عند تعذّر اعتبار التفريق.

٤٠٣٦- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": وإذا عقد النكاح على صبيّين من أهل الذمة، ثم أسلم أحدهما وهو يعقل الإسلام، حتى صحّ إسلامه عندنا استحسانًا، عرض على الآخر الإسلام، فإن أسلم فهما على نكاحهما، وإن أبى أن يسلم، فإن كان الزوج هو

المسلم والمرأة كتابية أقرّا على النكاح، وإن كانت مجوسيّة أو وثنيّة ففى القياس لا يفرّق بينهما، وفى الاستحسان يفرّق بينهما، ولامهر لها إن لم يكن دخل بها، هذا هو وضع المسألة فى الأصل.

٤٠٣٧- وفى "الجامع": وضع المسألة فى المجوسى: تزوّج جارية مجوسيّة بنت عشر سنين تعقل الإسلام، زوّجها أبوها فأسلم الزوج، عرض على الجارية الإسلام، فإن أسلمت فهى امرأته، وإن أبت فرّق بينهما، ولا مهر لها إن لم يكن دخل بها، وهذا استحسان. والقياس أن لا يفرّق بينهما. من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: ليس هذا بقياس واستحسان مبتدأ فى هذه المسألة، إنما هو القياس والاستحسان الذى يذكر فى الصبى العاقل إذا أسلم، فالقياس أن لا يصح إسلامه، وفى الاستحسان يصحّ.

ومنهم من قال: هذا قياس واستحسان آخر فى هذه المسألة، وجه القياس فى ذلك: أنّ فى عرض الإسلام عليها وهى صغيرة خطاب لها بالإسلام، والإجماع أنّ خطاب الفعل ساقط عن الصغيرة ما لم تبلغ. وإن اختلفوا أنه إذا أسلم [هل يصح إسلامه أم لا؟][1].

وجه الاستحسان: أنّ الصبى العاقل والصبية العاقلة إنما لا يخاطبان بالفعل قبل البلوغ لحقّ الله تعالى، وههنا لا تخاطب الصغيرة لحقّ الله تعالى، فإنما تخاطب [به لحق الزوج حتى[2] على النكاح، وللصغيرة يجوز أن تخاطب][3] بأداء حقوق العباد، فإن أسلمت بقيا على النكاح، وإن أبت فرّق بينهما، وهذا لا يشكل على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأنّ على قولهما ردّتها عن الإسلام صحيحة، وإنها إنكار بعد الإقرار، فالأولى أن يصحّ إباءها، وإنه امتناع عن قبول الإسلام.

وأما على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من لم يصحّح إباءها على قوله، وسوى بين الردّة وبين الإباء، ومنهم من صحّح إباءها، وفرّق بين الإباء والردّة.

واختلف عباراتهم فى ذلك، بعضهم قالوا: إنّ أبا يوسف رحمه الله تعالى إنما أبطل الردّة شرعًا رحمةً على الصبى، وههنا وجد الإباء بناء على العرض[4] حقّا للعبد، وإنه

---

(١) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل و "ظ": يصح إسلامه.

(٢) ههنا لفظ غير واضح، لعله: للبقاء.

(٣) هكذا فى "م".

(٤) وفى "م": العوض.

يقتضى صحّته . وبعضهم قالوا : الردّة تبديل الاعتقاد ، ولا اعتقاد للصغير ، فلا ردّة له . فأما الإباء مداومة على ما كان قبل ذلك ، فلا حاجة فيه إلى الاعتقاد ، فقد تيقّنا بإباءه فحكمنا به ، فلم يقع مثله فى الردّة فلم يحكم به .

٤٠٣٨- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع" : نصرانى زوّج ابنه النصرانى - وهو صغير لا يعقل- امرأة كبيرة نصرانية ، فأسلمت المرأة ، وطلبت من القاضى التفريق ، فالقاضى لا يفرّق بينهما حتى يبلغ الصغير ، أو يعقل الإسلام ، فإذا عقله عرض عليه الإسلام ، فإن أبى فرّق بينهما ، ولا يجعل إباء الأب قبل بلوغه بمنزلة إباءه بعد البلوغ .

٤٠٣٩- وفرق بين هذا وبينما إذا كان الزوج نصرانيًا معتوهًا مطبقًا لا يرجى صحّته ، وأبواه نصرانيّان ، زوّجه أبوه امرأة نصرانية ، فأسلمت وأرادت التفريق ، فإنّ القاضى يجبر والده إن كان حيًا ، ووالدته إن كان ميّتًا ، ويقول له : إما أن تسلم فيصير ابنك مسلمًا بإسلامك ، وإلا فرّق بينهما .

والقاضى عاجز عن عرض الإسلام على الزوج فى الموضعين ، وكل واحد منهما يصير مسلمًا بإسلام الأب ، والفرق بينهما أنّ التفريق بعد إسلام المرأة معلّق بإباء الزوج الإسلام من كل وجه ، وذلك إن وُجد الإباء من الزوج حقيقة وحكمًا ، وبقاءهما على النكاح معلّق بإسلام الزوج من كل وجه ، وذلك بأن يوجد الإسلام من الزوج حقيقة وحكمًا ، وهذا أمر جدّ متى عقل الصبى أو بلغ ، ولبلوغه غاية معلومة ، فيؤخر الأمر إلى أن يوجد من الزوج الإسلام من كل وجه [أو الإباء من كل وجه][1] ، ولا يكون هذا إبطالا لحق المرأة فى التفريق فيوجب التفريق[2] ، ولم يجز إقامة إسلام ناقص [وإباء ناقص][3] مقام [الكامل][4] من غير ضرورة .

فأما فى مسألة المعتوه متى أخّرنا الأمر إلى أن يزول العته وليس لزواله غاية معلومة ، أدّى إلى إبطال حقهما فى التفريق وإنه لا يجوز ، فلهذه الضرورة أقمنا إباء ناقصًا مقام [الكامل][5] . فإن قيل : هذا العذر بشكل بما لو كان الزوج غائبًا وهو صبى ، فإنه لا يعرض الإسلام على أبيه ، وليس لإباءه وإسلامه من حيث الحقيقة والحكم وقت معلوم . قلنا : الغائب

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) وفى "م" : فوجب التأخر ، وفى "ف" و "ب" : فوجب التأخير.

(٣) أثبت من "ظ" و "م".

(٤) هكذا فى "ب" و "ف" ، وكان فى الأصل : الكل.

(٥) هكذا فى "ف" ، وكان فى الأصل و "ظ" : مقام الكل.

من يعرف مكانه ومتى عرف مكانه أمكن عرض الإسلام عليه من حيث الحقيقة، إما بإحضاره أو بأن توكّل المرأة وكيلا حتى تخاصم معه حيث هو متى بلغ أو عقل، فيعرض الإسلام عليه، حتى لو كان مفقوداً لا يعرف مكانه، يقول: يعرض الإسلام على أبيه. ثم إنّ محمداً رحمه الله تعالى قال فى مسألة المعتوه: يعرض الإسلام على والدته، فإن أسلمت [فبها][1]، وإلا فرّق بينهما.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى تعليقه على القاضى الإمام أبى عاصم العامرى: ليس هنا على طريق الحكم، ولكن إنما قال ذلك؛ لأنّ للوالدين شفقة على ولدهما، كما أنّ لهما شفقة على أنفسهما، فيجوز أن تحملهما شفقة الولادة على [طريق][2] أن يسلم، فيصير المعتوه مسلمًا بإسلامه، كما أن شفقته على نفسه تحمله على أن يسلم، فلا يفرّق بينهما، وإنما قال: يعرض الإسلام عليه[3]، وإن كان لايخاطب الصبى بالإسلام عندنا؛ لأنّ ذلك وضع عنه، وقيل: منه إذا أدّاه فى حق الله [تعالى رحمة عليه][4]، وههنا وجب العرض لخصومتها، وحقوق العباد لا تسقط بعذر الصغر، فتوجّه الخطاب بالعرض لحق العباد، لا لحق الله تعالى.

٤٠٤٠- واستشهد فى الكتاب فقال: ألا ترى أنّ امرأة النصرانى إذا أسلمت ورفعت الأمر إلى القاضى، فوكّل الزوج رجلا بالخصومة وغاب الزوج، فالقاضى لا يفرِّق بينهما حتى يحضر الزوج، فيفرِّق بينهما إذا أبى الإسلام؛ لأنه يمكن اعتبار إباء الزوج[5] حقيقةً وحكمًا، فلا ضرورة إلى إقامة إباء الوكيل مقام إباء الزوج، كذا فى مسألتنا.

ثم فرع على مسألة المعتوه، فقال: إن كان الأبوان قد ماتا، فالقاضى ينصب خصمًا عنه، ويفرّق بينهما؛ لأنه تعذّر عرض الإسلام عليه وعلى غيره، ففات الإمساك بالمعروف، فتعيّن التسريح بالإحسان. فإن قيل: لما تعذّر اعتبار الإسلام والإباء حقيقة، ينبغى أن يقام ثلاث حيض مقام الفرقة، كما لو أسلم أحد الزوجين فى دار الحرب.

قلنا: فى تلك المسألة إنما يقيم ثلاث حيض مقام الفرقة [إقامة الشرط مقام العلة؛ لكون

(١) زدنا باعتبار سياق العبارة.

(٢) أثبت من "ف".

(٣) وفى "م": يعرض الإسلام لهذا الأمن طريق الحكم، وفى مسألة الصبى عرض الإسلام عليه... إلخ.

(٤) هكذا فى "ب" و"ف"، وكان فى الأصل: بياض.

(٥) وفى "م": اعتبار وجه إباء الزوج.

الحيض شرطًا للفرقة]، [1] وههنا أمكن اعتبار العلة حقيقة، وهو تفريق القاضى بأن ينصب عنه وكيلا، فلا ضرورة إلى إقامة الشرط مقام العلة -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

(١) أثبت من النسخ التى اعتمدنا عليها.

الفصل الحادى والعشرون فى الخصومات الواقعة بين الزوجين [وإقامة البيّنة عليه](١) وما يتصل بها

هذا الفصل مشتمل على أنواع أيضًا:

نوع منه فى دعوى النكاح وإقامة البيّنة عليه:

٤٠٤١- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": رجل ادّعى على امرأة نكاحًا وأقام على ذلك بيّنة، وأقامت أخت المرأة على [هذا الرجل](٢) بيّنة على أنها امرأته، فإن تزوّج إيّاها، فالبيّنة بيّنة الزوج؛ لأنّ الزوج ببيّنته أثبت لنفسه ملك المتعة الذى هو أصل فى باب النكاح، والأخت ببيّنتها أثبتت لنفسها ملك المهر الذى هو تبع فى باب النكاح، أما ملك المتعة يثبت عليها لغيره، ولا شكّ أنّ الأصل أقوى من التبع، فكانت بيّنة الزوج أكثر إثباتًا، فكانت أولى بالقبول. وإذا قضى ببيّنة الزوج بطل نكاح الأخرى، ولا يقضى للأخرى بالمهر إن لم يكن الزوج دخل بها، وهذا كله إذا لم يؤرَّخ البيّنتان أو أُرِّخا، وتاريخهما على السواء.

أما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق، فيجب القضاء ببيّنة من كان أسبق تاريخًا، ويفسد نكاح الأخرى اعتبارًا للثابت بالبيّنة بالثابت معاينة. وفى "المنتقى": عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: لو وقّتت بيّنة المرأة، ولم توقت بيّنة الرجل، فدعوى الرجل جائزة، وثبت نكاح المرأة التى ادّعاها، وبطل نكاح المدعية.

٤٠٤٢- قال فى "الأصل": وإذا شهد شهود الزوج على أنه تزوّج إحداهما، ولاتعرف بعينها، غير أنّ الزوج يقول: هى هذه، فإن صدّقته المرأة، فهى امرأته بحكم تصادقهما، وإن جحدت، فلا نكاح بينه وبين واحدة منهما؛ لأنّ الشهود لم يشهدوا على نكاح امرأة بعينها إنما شهدوا على نكاح إحداهما، ونكاح إحداهما مجهول والشهادة بالمجهول لا تكون حجّة، فتبقى دعوى الزوج، وبمجرّد دعوى الزوج لا يثبت النكاح، ولا يمين للزوج على التى يدّعى عليها النكاح عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، والمسألة معروفة، ولا مهر عليه إن لم يكن دخل.

---

(١) هكذا فى "م".

(٢) هكذا فى جميع النسخ التى اعتمدنا عليها، وكان فى الأصل: ذلك.

٤٠٤٣- وكذلك لو [شهد شهود][1] امرأة أنه تزوّجها أحد هذين الرجلين، ولايعرف بعينه غير أنّ المرأة تقول : هو هذا، فإن صدّقها ذلك الرجل، فهي امرأته، وإن كذّبها فلا نكاح بينها وبين واحد منهما، ولا مهر على واحد منهما، ولا يمين لها عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وإن كانت ادّعت أنه طلّقها قبل الدخول بها، وأنّ لها عليه نصف المهر، يستحلف على نصف المهر، وككذلك لو ادعت أنه طلقها بعد الدخول بها وأن لها عليه جميع المهر، يستحلف على جميع المهر؛ لأنّ الدعوى الآن وقعت في المال، وإذا نكل حتى قضى بالمهر لا يقضى بالنكاح؛ لأنّ عند النكول إنما يقضى بما وقع فيه الاستخلاف، والاستخلاف وقع في المال، ألا ترى أنّ في دعوى السرقة إذا استحلف فنكل يقضى القاضي بالمال دون القطع، فكذا ههنا.

٤٠٤٤- وإذا ادّعت أختان [على رجل بعينه][2]، كل واحدة منهما تدّعى أنه تزوّجها أولا، وأقامت كل واحدة بيّنة على حسب ما ادّعت، كان ذلك [إلى الزوج][3]، وأيتهما قال: هي الأولى، فهي الأولى وهي امرأته، ويفرّق بينه وبين الأخرى، ولا مهر للأخرى عليه إن لم يكن دخل بها.

قال الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده" رحمه الله تعالى: وبهذه المسألة تبيّن أنه إذا وجد التصادق بعد إقامة البيّنة فالنكاح يعتبر ثابتًا بالبيّنة، إذ لو اعتبر ثابتًا بالتصادق [بعد إقامة البيّنة][4] يجب أن تقبل بيّنة الأخت في هذه المسألة، وقد أقامت البيّنة أنه تزوّجها أولا. وإن جحد الزوج ذلك كله وقال: لم أتزوّج واحدة منهما، أو قال: تزوّجتهما ولا أدري أيتهما أولا، فهما سواء ويفرّق بينه وبينهما، وعليه نصف المهر بينهما إن لم يكن دخل بهما.

من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال هذا الجواب لا يستقيم فيما إذا أنكر الزوج نكاحهما أصلا؛ لأنه لما أنكر نكاحهما فقد أنكر وجوب المهر على نفسه، وتعذّر القضاء بالبيّنتين لمكان التعارض، فكيف يجب نصف المهر لهما عليه؟ قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: لا، بل هذا الجواب مستقيم في الفصلين؛ لأنّ التعارض بين البيّنتين في حكم

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبت من "ب" و"ف".

(٣) هكذا في "ب" و"ف"، وكان في الأصل: للزوج، وفي "ظ": لي الزوج.

(٤) هكذا في "ظ".

المحل دون المهر، ألا ترى أنّ البيّنتين لو قامتا بعد موت الزوج، عُمل بهما فى حق المهر والميراث، وإن لم يكن بينهما تعارض فى حكم المهر وجب نصف المهر على الزوج، وليست إحداهما بأولى من الأخرى، فيكون بينهما.

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الأمالى": أنه لا شىء عليه؛ لأنّ المقضى له مجهول، وعن محمد رحمه الله تعالى أنه يقضى عليه بجميع المهر؛ لأنّ النكاح لم يرتفع بجحوده، فوجب القضاء بجميع المهر للتى صحّ نكاحها. وإن كان دخل بإحداهما كان لها المهر المسمّى وهى امرأته؛ لأنه صار مقرّا بأولية نكاح الموطوءة حكمًا للإقدام على الوطء.

وإن قال: هى الأخيرة[1] وتلك الأولى، فرّق بينهما وبينه، ولزمه المهر المسمّى للتى دخل بها ولا ينقص عنه، وإن كان المسمّى أكثر من مهر المثل.

٤٠٤٥- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": رجل ادّعى نكاح امرأة، والمرأة أنكرت ذلك، فأقام المدّعى بيّنة أنها امرأته، وأقامت المرأة بيّنة أنه كان تزوّج أختها قبل الوقت التى ادّعى فيه نكاحها، وإنها اليوم امرأته على حاله، والزوج ينكر ذلك، أجمعوا على أنّ القاضى لا يقضى بنكاح الغائبة، وهل يقضى بنكاح الحاضرة؟ القياس أن يقضى، وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى. وفى الاستحسان: لا يقضى، بل يوقف الأمر إلى أن تحضر الغائبة، فإن حضرت وأقامت البيّنة على ما ادّعت لها الحاضرة يقضى بأنها امرأته، ويفرّق بين الزوج وبين الحاضرة، وإن أنكرت ذلك يقضى بنكاح الحاضرة ببيّنة الزوج، ولا يلتفت إلى بيّنة الحاضرة، وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

٤٠٤٦- الأصل فى هذه المسألة وأجناسها: أنّ القضاء بالبيّنة على الغائب، وللغائب لا يجوز، إلا إذا كان عنه خصم حاضر: إما قصدى، وذلك بتوكيل الغائب إيّاه، وإما حكمىّ وذلك بأن يكون المدّعى على الغائب سببًا لثبوت المدّعى على الحاضر لا محالة، أو شرطًا له على ما ذكر فخر الإسلام على البزدوى. وعند عامّة المشايخ رحمهم الله تعالى: أن يكون المدّعى على الغائب سببًا لثبوت المدّعى على الحاضر لا محالة، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب فى مواضع. ثم سوى شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده" بينما إذا كان المدّعى على الغائب والحاضر شيئين، وبينما إذا كان [المدّعى][2] شيئًا واحدًا لا محالة، فشرط البيّنة لانتصاب الحاضر خصمًا عن الغائب فى الفصلين جميعًا.

---

(١) أى التى دخل بها.

(٢) أثبت من "ب".

وذكر القاضي الإمام الكبير أبو يزيد[1] في "كشف المشكل"، وعامة المشايخ رحمهم الله تعالى في شروحهم أنّ السبب يشترط فيما إذا كان المدّعى شيئين، وهو الأشبه والأقرب للفقه.

٤٠٤٧- بيان هذا الأصل فيما إذا كان المدّعى عليهما واحد، فإذا ادّعى رجل دار في يد رجل، أنها داره اشتراها من فلان وهو يملكها، وقد غصبها ذو اليد منّي، وقال ذو اليد: الدار داري، وأقام المدّعي بيّنة على دعواه قبلت بيّنته، ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

أما ما ذكره شيخ الإسلام فلأنّ المدّعى على الحاضر والغائب شيء واحد، والمدّعى على الغائب سبب لثبوت المدّعى على الحاضر [لا محالة، وأما على ما ذكره عامّة المشايخ فلأنّ المدّعى على الحاضر][2] والغائب شيء واحد.

٤٠٤٨- بيان هذا الأصل فيما إذا كان المدّعى عليهما شيئان، ثم إذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق، فقال المشهود عليه: هما عبدان لفلان الغائب، فأقام المشهود عليه أنّ فلان الغائب أعتقهما وهو يملكهما، فإنه يقبل هذه الشهادة ويثبت هذا العتق في حق الحاضر والغائب جميعًا، والمدّعى شيئان: المال على الحاضر، والعتق على الغائب، إلا أنّ المدّعى على الغائب سبب لثبوت المدّعى على الحاضر لا محالة؛ لأنّ العتق لا ينفكّ عن ثبوت ولاية الشهادة بحال، فصار كشيء واحد من حيث المعنى، فينتصب خصمًا عن الغائب، ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعًا. وإذا كان المدّعى عليهما شيئين إلا أنّ المدّعى على الغائب ليس سببًا لثبوت المدّعى على الحاضر لا محالة، بل قد يكون سببًا لا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب؛ وهذا لأنّ الغائب ما جعل الحاضر خصمًا عن نفسه، لكن جعلناه خصمًا عنه في موضع لا ينفك المدّعى على الغائب عن المدّعى على الحاضر ضرورة، ولا ضرورة فيما إذا كان ينفكّ عنه، فيعمل فيه بالحقيقة.

٤٠٤٩- بيان هذا الأصل في رجل قال لامرأة رجل غائب: إنّ زوجكِ فلانًا الغائب وكّلني أن أحملك إليه، فقالت المرأة: إنه قد كان طلّقني ثلاثًا، وأقامت على ذلك بيّنة، قبلت بيّنتها في حق قصر يد الوكيل عنها، لا في حق إثبات الطلاق على الغائب، حتى لو حضر

---

(١) وفي "ب" و"ف": أبو زيد.

(٢) أثبت من "ف" و"ظ" و"ب".

الغائب وأنكر الطلاق، فالمرأة تحتاج إلى [إعادة][1] البيّنة؛ لأنّ المدّعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لثبوت المدّعى على الحاضر، هو قصر يده لا محالة، فإنّ الطلاق متى تحقّق قد لايوجب قصر يد الوكيل إن لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق، وقد يوجب بأن كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق، فكان المدّعى على الغائب سببًا لثبوت المدّعى على الحاضر من وجه دون وجه، فمن حيث إنه سبب يقضى به فى حق قصر يد الوكيل، ومن حيث إنه ليس بسبب لايقضى به فى حق إزالة ملك الغائب عملا بهما. وإذا كان المدّعى عليهما شيئين، والمدّعى على الغائب سبب للمدّعى على الحاضر باعتبار البقاء لا بنفسه، فالقاضى لا يلتفت إلى دعوى المدّعى، ولا يقضى ببيّنة لا على الحاضر ولا على الغائب.

٤٠٥٠- بيان هذا: رجل اشترى من آخر جارية، ثم إن المشترى ادّعى أنّ البائع قد كان زوّجها من فلان الغائب قبل أن أشتريها، وقد اشتريتها ولم أعلم بذلك، وأنكر البائع دعواه، فأقام على ذلك بيّنة يريد ردّ الجارية، فالقاضى لا يقبل البيّنة لا على الحاضر، ولا على الغائب؛ لأن المدعى شيئان: النكاح على الغائب، والردّ على الحاضر، والمدّعى على الغائب من النكاح نفسه ليس بسبب، لما يدّعيه على الحاضر من غير اعتبار البقاء [فإنّ البائع][2] إن كان زوّجها ثم إن الزوج طلّقها، لا يكون للمشترى الردّ، وإنما السبب فى بقاء النكاح إلى حالة الرد، ولم تقم البيّنة على البقاء. ولو أقام البيّنة على البقاء لا تقبل أيضًا، ولا يقضى بالردّ؛ لأنّ البقاء تبع للابتداء، فإذا لم يمكن أن يجعل خصمًا فى نفس النكاح لم يمكن أن يجعل خصمًا فى إثبات البقاء.

وبعد الوقوف على هذه الجملة جئنا إلى تخريج المسألة، فوجه قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى: إنّ المدّعى على الحاضر والغائب شيئان، ونفس ما تدّعى الحاضرة على أختها الغائبة من النكاح من غير اعتبار البقاء، لا يكون سببًا لما يدّعى على الزوج من فساد نكاح نفسها؛ لأنه إذا كان طلّق الغائبة قبل إنكاح الحاضرة يصحّ نكاح الحاضرة، فلا يقبل بيّنة الحاضرة أصلا، وإذا لم يقبل بيّنة الحاضرة لم يثبت نكاح الغائبة [وحجّة القضاء للزوج على الحاضرة موجودة، فإنما يعمل[3] عملها لمانع مخصوص وهو نكاح الغائبة، فإذا لم يثبت

---

(١) هكذا فى "ب" و "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ": إقامة.

(٢) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: فالبائع.

(٣) وفى حاشية "ظ": لم يعمل.

نكاح الغائبة][1] لم يمتنع عملها.

فإن قيل: أليس إنّ محمداً رحمه الله تعالى وضع المسألة فيما إذا شهدوا أنه زوّجها قبل ذلك، وإنها اليوم امرأته، وشهادتهم أنها اليوم امرأته ينافى نكاح الأخرى؟ قلنا: هذه الزيادة بناء على علمهم بابتداء النكاح، فصار وجود ذلك والعدم بمنزلة، ولأنها إذا لم تصلح خصمًا فى إثبات النكاح للغائبة لا تصلح خصمًا فى إثبات قضاءه.

وجه قولهما: أنّ القياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى، إلا أنّا تركنا القياس ههنا لنوع ضرورة؛ لأنّ الباب باب الفرج، فإنّ الحاضرة ادّعت حرمة فرجها على الزوج بسبب فساد نكاحها، وقد يترك القياس فى باب الفروج احتياطًا لها ما لا يترك لغيرها. ثم فى الكتاب يقول: إذا حضرت الغائبة فأقامت البيّنة على ما ادّعت لها الحاضرة قضى بنكاحها، فشرط إعادة البيّنة من الغائبة للقضاء بنكاحها. بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى [قالوا: إذا حضرت الغائبة وصدّقت شهود الحاضرة فيما شهدوا من نكاحها، يثبت نكاحها، ولا يحتاج إلى إعادة البيّنة، وقد حكى عن بعض مشايخنا][2] أنه كان يقول: لا خلاف فى هذه المسألة من حيث الحقيقة؛ لأنّ أبا يوسف ومحمداً رحمهما الله تعالى إنما قالا: لا يقضى بنكاح الحاضرة بطريق الاحتياط؛ لأنّ الغائبة إذا حضرت ربما تصدّق شهود الغائبة، أو تقبل[3] البيّنة على نكاحها، فيفسد نكاح الحاضرة، ويجب التفريق بين الحاضرة والزوج، وما يكون بطريق الاحتياط لايكون فرضًا. وكذلك لو أقامت الحاضرة بيّنة على إقرار الزوج بنكاح الغائبة، فهذا والأول سواء، حتى لا يقبل [بيّنة][4] الحاضرة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وإنما لا يقبل لأنها قامت على غير خصم، بل قامت على خصم؛ لأنها قامت على إقرار الزوج، والزوج خصم حاضر إلا من شرط قبول البيّنة أن يكون المشهود به حقّا يلزم المشهود عليه، والمشهود به ههنا إقرار الزوج بنكاح الغائبة قبل نكاح الحاضرة [حتى يثبت فساد نكاح الحاضرة][5]، وبهذا القدر من الإقرار لا يلزم الزوج فساد نكاح الحاضرة؛ لأنّ للزوج أن يقول: كنت تزوّجت الغائبة قبل نكاح الحاضرة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبت من النسخ الموجودة عندنا جميعًا.

(٣) وفى "ب" و"ف" و"م": تعيد مقام تقبل.

(٤) هكذا فى النسخ التى اعتمدنا عليها، وكان فى الأصل: فى الحاضرة.

(٥) أثبت من جميع النسخ الموجودة عندنا.

٤٠٥١- قال : ولو أقرّ الزوج عند القاضي أنّ الغائبة كانت امرأته ، فالقاضي يسأله هل كان بينه وبينها فرقة؟ فإن قالا : لا ، فالقاضي يفرّق بينه وبين الحاضرة ، ولكن لايثبت نكاح الغائبة إلا بتصديق الغائبة أو ببيّنة يقيمها عليه ؛ لأنّ الزوج أقرّ بفساد نكاح الحاضرة وهذا أمر عليه ، وبنكاح الغائبة وأنه أمر له ؛ فيصدّق فيما عليه ، ولايصدّق فيما له .

٤٠٥٢- وإن قال الزوج : كنت طلّقتها قبل أن أدخل بها ، أو بعد ما دخلت بها ، وأخبرتني عن انقضاء العدّة في مدة تنقضي في مثلها العدّة ، وكذّبته الحاضرة في الطلاق ، وقد أقام هو البيّنة على نكاح الحاضرة ، يقضي له بنكاح الحاضرة ؛ لأنّ الزوج بما قال ادّعى سقوط حق الغائبة في النفقة والسكنى ، وزوال حرمة نكاح الحاضرة ؛ فلئن كان لا يصدّق في سقوط حق الغائبة -لأنه ضمين يدّعي سقوط ما عليه من الضمان- يصدّق في زوال الحرمة ؛ لأنه أمين [في ذلك ، لأنّ الحرمة][1] خالص حق الله تعالى ، والعبد في حقوق الله تعالى أمين ، والأمين فيما أخبر يصدّق إذا احتمل خبره الصدق [وقد احتمل خبره الصدق][2] إذا كان في مدّة تنقضي في مثلها العدّة ، وصار كالمطلّقة ثلاثًا إذا تزوّجت بزوج آخر ، وفارقها قبل خلوة ظاهرة ، فقال الزوج : فارقتها قبل الخلوة والإصابة ، وقالت المرأة : فارقتني بعد الخلوة والإصابة ، صدِّقت المرأة في حق زوال الحرمة على الزوج الأول ؛ لأنه من حقوق الله تعالى ، وإن لم يصدّق في استحقاق كمال المال على الزوج الثاني ، كذا ههنا .

٤٠٥٣- هذا إذا لم تحضر الغائبة ، فإن حضرت الغائبة ، وكذّبت الزوج في الطلاق ، وادّعت أنها امرأته ، فإنّ الطلاق واقع عليها بإقرار الزوج [وعليها العدّة منذ أقرّ الزوج][3] بالطلاق إن كان قد دخل بها . والحاضرة امرأته ؛ لأنّ نكاح الغائبة يثبت بتصادق الزوج والغائبة ، إلا أنّ الزوج يدّعي الطلاق في زمان ماضي ، وأخبر عن إخبارها بانقضاء العدّة في مدّة تنقضي في مثلها العدّة ، وفي مثل هذا يعتبر قول الزوج في حق جواز نكاح أختها ، وجواز أربع سواها ، كما لو كان نكاح الغائبة ثابتًا معاينة .

٤٠٥٤- هذا إذا أقامت الحاضرة بيّنة[4] أنّ هذا الرجل المدّعي تزوّج أختها قبل الوقت الذي ادّعى نكاحها فيه [فأما إذا أقامت بيّنة أنه تزوّج أمها وابنتها قبل الوقت الذي ادّعى نكاحها

---

(١) هكذا في "ب" و "ف" و "م" ، وكان في الأصل : هناك لأن الجهة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٣) أثبت من جميع النسخ التي اعتمدنا عليها.

(٤) وفي "م" : بينة الحاضرة.

فيه][1]، فهذه المسألة والمسألة الأولى سواء، على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يقضى بنكاح الحاضرة، ولا يلتفت إلى بيّنتها، وعلى قولهما وقف الأمران على حضور الغائبة.

وهذا الجواب من أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يشكل فيما إذا ادّعت الحاضرة أنه تزوّج أمها؛ لأنّ ما ادّعته الحاضرة من نكاح الأم ليست بسبب لثبوت ما تدّعى على الزوج من فساد نكاح نفسها لا محالة؛ لجواز أنه تزوّج الأم قبل التسليم، ثم طلّقها قبل الدخول بها؛ لأنّ مجرّد نكاح الأم لا يوجب حرمة البنت؛ إنما يشكل فيما إذا أقامت البيّنة أنه تزوّج ابنتها؛ لأنّ نكاح الابنة سبب لفساد نكاح الأم لامحالة، وفى مثل هذا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، فينبغى أن تقبل البيّنة على نكاح البنت.

والجواب: أنّ أصل نكاح الابنة ليس بسبب لفساد نكاح الحاضرة لامحالة؛ لأنّ نكاح الابنة إذا كان فاسدًا ولم يدخل بها لم تحرم الأم، وإنما سبب فساد نكاح الحاضرة نكاح الابنة بوصف الصحة، وإذا لم يكن أصل نكاح الابنة سببًا لفساد نكاح الحاضرة لا تنتصب الحاضرة خصمًا عن الغائبة فى إثبات أصل النكاح، فلا تنتصب خصمًا فى إثبات وصف الصحة، وإن كان ذلك سببًا للفساد؛ لأنّ الوصف تبع للأصل.

٤٠٥٥- ولو أقامت الحاضرة بيّنة على إقرار الزوج بذلك، إن أقامت بيّنة على إقرار الزوج بنكاح الأم لا تقبل بيّنتها؛ لأنّ هذه البيّنة لا تلزم المشهود عليه حقّا، لأنه يمكنه أن يقول: نكحتها ثم فارقتها قبل الدخول بها، حتى لو أقامت بيّنة على إقرار الزوج أنه تزوّج أمّها بأنها امرأته للحال، تقبل بيّنتهما؛ لأنه يلزم المشهود عليه حقّا.

٤٠٥٦- وإن أقامت البيّنة على إقرار الزوج بنكاح الابنة، تقبل بيّنتها؛ لأنها قامت على خصم حاضر، وإنها تلزم المشهود عليه حقّا؛ لأنّ مطلق إقرار الزوج بالنكاح ينصرف إلى نكاح صحيح، ونكاح الابنة متى صحّ كان سببًا لفساد نكاح الأم. فرق بين هذا وبين ما إذا أقامت الحاضرة بيّنة على نفس نكاح الابنة، حيث لا تقبل بيّنتها، ولم يصرف مطلق الشهادة إلى النكاح الصحيح كما صرف مطلق الإقرار إلى النكاح الصحيح، والظاهر فى الفصلين وهو الصحة، إلا أنها تحتمل الفساد فيتمكّن الشبهة، والشهادة لا تثبت مع الشبهة، والإقرار لا يبطل بالشبهة.

٤٠٥٧- هذا إذا أقامت الحاضرة بيّنة أنّ الزوج تزوّج أمها أو ابنتها، أو على إقرار الزوج بذلك، ولم يتعرّض للجماع، أما إذا تعرضت لذلك فأقامت البيّنة أنّ الزوج تزوّج بأمّها أو

---

(١) أثبت من "ب" و"ظ" و"م".

ابنتها وجامعها، إن أقامت بيّنة على إقرار الزوج بذلك فرّق بينه وبين الحاضرة، ولم يثبت نكاح الغائبة، وقبلت هذه البيّنة على جماع الغائبة، لا على نكاح الغائبة. وهذا لأن دعوى نكاح الغائبة غير محتاج إليه عند دعوى الجماع فيما هو المقصود، وهو إثبات فساد نكاح الحاضرة؛ لأنّ جماع الأم يوجب حرمة الابنة، سواء كان بصفة الحل أو بخلافه، فصار دعوى النكاح عند دعوى الجماع [والعدم][1] بمنزلة، فصار كأنها أقامت [البيّنة على][2] الجماع لا غير، وهناك تقبل بيّنتها، لأنّ البيّنة على الجماع قامت على خصم وهو الزوج؛ لأنّ الجماع يتم بالزوج وحده من غير أن يوجد من المرأة فعل بأن الزوج يجامعها وهي نائمة، فكان الزوج خصمًا في دعوى جماع الغائبة عليه، وجماع الغائبة سبب لما تدّعي الحاضرة من فساد نكاحها، بخلاف ما إذا أقامت الحاضرة البيّنة على مجرّد النكاح؛ لأنّ النكاح لا يتم بالزوج وحده، وإنما يتم به وبقبولها، وقدر ما يوجد من الزوج إن كان الزوج فيه خصمًا، إلا أنه لايكفي كما ادّعى الحاضرة من فساد نكاحها، وما يوجد من قبول الغائبة فالزوج فيه ليس بخصم، فذلك البيّنة قامت على غير الخصم، أما هنا بخلافه.

ثم إذا قضى القاضي بجماع الغائبة هل يقضي لها بالمهر؟ حتى إذا حضرت أخذت الزوج بذلك من غير إعادة البيّنة؟ لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل في الكتاب، وإنما أشار إلى أنه يقضي، وعليه عامّة المشايخ رحمهم الله تعالى.

٤٠٥٨- وكذلك إذا أقامت الحاضرة البيّنة على أنّ الزوج تزوّج أمها أو ابنتها، وقبّلها بشهوة [أو لمسها بشهوة][3]، أو نظر إلى فرجها بشهوة، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أقامت البيّنة أنه تزوّجها وجامعها، وكذلك لو أقامت البيّنة على إقرار الزوج أنه قبّلها أو لمسها بشهوة.

ثمّ هذه المسألة دليل على أنّ الشهادة على التقبيل واللمس بشهوة مقبولة، وهذا فصل اختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى، بعضهم قالوا: لا تقبل، وإليه مال الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله تعالى. ومعنى قول محمد رحمه الله تعالى في الكتاب شهدوا أنه قبّلها أو لمسها بشهوة، على قول هؤلاء: شهدوا على إقرار الزوج بذلك.

وبعضهم قالوا: تقبل، وإليه مال الشيخ الإمام فخر الإسلام على البزدوي رحمه الله تعالى، وهذه المسألة دليل على قول هؤلاء، ولا يمكن حمل المسألة على الشهادة على إقرار

---

(١) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الزوج ؛ لأنّ محمداً رحمه الله تعالى ذكر فصل الشهادة على اللمس والتقبيل بشهوة أولا ، وعطف عليه فصل الشهادة على إقرار الزوج بذلك .

٤٠٥٩- وفى "المنتقى" : إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : رجل أقام بيّنة على امرأة أنها امرأته ، وأقامت المرأة بيّنة على رجل آخر أنها امرأته وهو يجحد ، فالبيّنة بيّنة الزوج ، علّل ، فقال : لأنّ شهود الزوج شهدوا عليها بالنكاح ، وبه يثبت إقرارها بنكاح هذا الرجل ، وإقرارها على نفسها أصدق من بيّنتها . قال : ألا ترى أنه لو أقام رجل على رجل بيّنة أنّي اشتريت منكَ ثوبكَ هذا ، وأقام صاحب الثوب بيّنة على آخر أنّي بعتك هذا الثوب وهو يجحد ، فالبيّنة بيّنة المدّعى على صاحب الثوب ، وطريقه ما قلنا .

٤٠٦٠- قال : ولو كانت المرأة حين أقامت البيّنة على ذلك الرجل ادّعى الرجل نكاحها ، كانت البيّنة بيّنة المرأة ، وهى كامرأة أقام رجلان عليها البيّنة على النكاح ولم يوقّتا ، فأيهما صدّقته المرأة فهو زوجها ، هذا هو لفظ "المنتقى" .

٤٠٦١- وقال فى "الأصل" : إذا تنازع رجلان فى امرأة ، كل واحد يدّعى أنها امرأته وأقام البيّنة ، فإن كانت فى بيت أحدهما ، وكان دخل بها ، فهى امرأته ؛ لأنّ تمكّنه من الدخول بها ، أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده ، فيقضى له فى المرأة ، إلا إذا أقام الآخر البيّنة أنه تزوّجها قبله ، حينئذٍ يسقط اعتبار دليل السبق عند التصريح بالسبق . وإن لم تكن فى بيت واحد منهما ، ولا دخل بها أحدهما ، فإن وقّتا فالوقت الأول أولى ، وإن لم يوقّتا ، أو وقّتا وقتًا واحدًا ، فالذى زكيت بيّنته فهو أولى . وإن زكيت البيّنتان تسأل المرأة عن ذلك ، فإن لم تقرّ المرأة بنكاح أحدهما فرّق بينهما وبينها ، وإن أقرّت لأحدهما أنه تزوّجها قبل الآخر ، أو أنه تزوّجها دون الأخرى فهى امرأته ، إلا إذا أقام الآخر بيّنة أنه تزوّجها قبل هذا ؛ وهذا لأنّ العمل بالبيّنتين متعذّر ، فسقط اعتبارهما ، وبقى تصادق أحد الزوجين مع المرأة ، فثبت النكاح بتصادقهما .

ثم إذا لم تقرّ المرأة لأحدهما ، حتى فرّق بينهما وبينها ، إن لم يكن دخل بها فلا مهر لها ، وإن كان قد دخل بها ولا يدرى أيهما أول ، فعلى كل واحد منهما الأقلّ مما سمّى لها ، ومن مهر المثل . وإن جاءت بولد فهو ابنهما يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ، ويرثانه ميراث أب واحد . وإن ماتت فى هذه الصورة وهى ما إذا لم تقرّ بنكاح أحدهما ، كان على كل واحد منهما نصف ما سمّى لها من المهر ، وكان ميراث الزوج من تركتها بينهما نصفان . وإن لم تمت

هى، ولكن مات أحد الرَّجُلين[1]، فإن قالت المرأة: هذا الميت هو الأول، فهو الأول ولها فى ماله المهر والميراث؛ لأنّ تصديقها بعد موت الزوج كتصديقها فى حال حياته، فيثبت نكاح هذا بتصادقهما، وانتهى بالموت.

٤٠٦٢- وفى "المنتقى": بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فى عشرة ادّعوا نكاح امرأة، قال: إن كان دخل بها أحدهم فهى امرأته، وإن ادّعت هى واحدًا منهم، فهو زوجها، وإن كان واحد منهم دخل بها ولا يعرف هو، ولم تدّع واحدًا منهم، فلها على كل واحد منهم نصف مهر، وإن ماتوا كان لها عشر مهر على كل واحد منهم، ولها عشر ميراث امرأة من كل واحد منهم، وإن ماتت هى كان على كل واحد منهم عشر مهر، ولهم ميراث زوج بينهم إذا تصادقوا أنهم لا يعلمون.

٤٠٦٣- رجلان ادّعيا نكاح امرأة وهى ليست فى يد أحدهما، فأقرّت لأحدهما، فهى للمقرّ له، فإن أقام الآخر بعد ذلك بيّنة على النكاح، فصاحب البيّنة أولى، ولو أقام البيّنة بعد ما أقرّت لأحدهما، فإن وقّتا فالوقت الأول أولى، وإن لم يوقّتا، فالذى زكيت بيّنته أولى، وإن زكيت بيّنتهما، فعند بعض المشايخ رحمه الله تعالى: يقضى للذى أقرّت له بالنكاح سابقًا، وهو الأقيس، وعند بعضهم لا يقضى لواحد منهما، وإليه أشار فى "أدب القاضى" للخصّاف فى باب الشهادة فى النكاح.

٤٠٦٤- وذكر الإمام على السغدى رحمه الله تعالى فى "شرح المبسوط": إذا تنازع اثنان فى امرأة، وكل واحد يقيم البيّنة أنها امرأته، فإن أرّخا وتاريخهما سواء، ولا يد لواحد منهما عليها، أو لكل واحد منهما يد عليها، أو لم يؤرّخا، فإنه لا تقبل بيّنتهما، وإن أرّخا على السواء، ولأحدهما يد عليها يقضى له، وترجّح بيّنته بحكم اليد. وكذا إذا أرّخا على السواء فأقرّت لأحدهما، يقضى للمقرّ له؛ لأنّ الإقرار بمنزلة اليد، وإن أرّخا على السواء، ولا يد لواحد منهما، ولم تقرّ هى لأحدهما، فرّق بينهما وبينها، فإن كان قبل الدخول لايقضى لها بشىء من المهر على أحدهما، فإن تنازعا بعد موتها، فهذا أيضًا على وجوه لايعتبر فيه الإقرار واليد. وإذا سبق تاريخ أحدهما قضى له بالميراث، وإن كان تاريخهما على السواء ولم يؤرّخا، يرثان ميراث زوج واحد بينهما، وعلى كل واحد منهما نصف المهر.

٤٠٦٥- وذكر فى موضع آخر: ادّعى كل واحد منهما أنه تزوّجها أولا، وأقام البيّنة، فإنّ القاضى لا يقبل واحدة من البيّنتين، إلا أن تترجّح على صاحبتها بإحدى معان ثلاثة: إما

(١) وفى "م" و"ف": أحد الزوجين.

بإقرارها، أو بكونها [فى بيت أحدهما، أو بكونها][١] مدخولة أحدهما، ولم يفصّل بينما إذا أقرّت لأحدهما، قبل إقامة البيّنة أو بعدها.

٤٠٦٦- ادّعيا نكاح امرأة وهى تجحد، وليست فى يد أحدهما، فأقام أحدهما البيّنة على النكاح، وأقام الآخر البيّنة على النكاح وعلى إقرار المرأة له بالنكاح، لايترجّح بيّنة من يدّعى إقرارها بالنكاح؛ لأنّ الآخر ببيّنته أثبت نكاحها، وبه ثبت [إقرارها بالنكاح][٢] للآخر، فاستوت البيّنتان فى إثبات الإقرار معنى، وقيل: يترجّح بيّنة من يدّعى إقرارها؛ لأنّ الثابت بالبيّنة العادلة كالثابت عيانًا، ولو عاينا إقرارها لأحدهما بعد ما أقاما البيّنة، كان المقرّ له أولى وما يقول بأنّ الآخر أثبت إقرار المرأة. قلنا: نعم، ولكن فى ضمن إثبات النكاح، وهذا[٣] أثبت إقرارها قصدًا، ولا شكّ أنّ الاعتبار القصدى أولى من الاعتبار الضمنى.

٤٠٦٧- رجلان ادّعيا نكاح امرأة وهى ليست فى يد أحدهما، وأقاما البيّنة من غير تاريخ، وسئلت المرأة عن ذلك، فلم تقرّ لأحدهما حتى تهاترت[٤] البيّنتان، ثم أقام أحدهما البيّنة على إقرارها له بالنكاح، قضى له بالنكاح، كما لو أقرّت لأحدهما بالنكاح بعد ما أقاما البيّنة عيانًا.

٤٠٦٨- ادّعى رجل نكاح امرأة، وهى ليست فى يد أحد، وأقام بيّنة على دعواه، قضى له [بالنكاح][٥] بالمرأة، وإن جاء رجل آخر، وأقام بيّنة على مثل ذلك، لم يحكم[٦] بها له، إلا إذا شهد شهود الثانى أنه تزوّجها قبل الأول؛ لأنّ دعوى النكاح بمنزلة دعوى الشراء، ومن ادّعى الشراء فى عين من رجل وقضى له به، ثم ادّعى آخر الشراء فى ذلك العين من ذلك الرجل، لا يقضى للثانى، كذا ههنا.

٤٠٦٩- ادّعى نكاح امرأة وهى فى يد رجل، فأقام المدّعى البيّنة على ذلك، وقضى القاضى له بالنكاح، ثم أقام صاحب اليد بعد ذلك بيّنة على النكاح من غير ذكر تاريخ، يقضى لصاحب اليد عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى؛ لأنّ يده دليل على سبق نكاحه، فصار

(١) أثبت من "ظ" و "م".

(٢) هكذا فى النسخ التى اعتمدنا، وكان فى الأصل: وبه ثبت نكاحها للآخر.

(٣) وفى "ب" و "ف": وههنا أثبت إقرارها.

(٤) تهاترت: سقطت وبطلت.

(٥) هكذا فى "م".

(٦) وفى "م": لا يقضى له بها.

كما لو أقام بيّنة على النكاح[١] بتاريخ سابق صريحًا . وبعض مشايخنا قالوا : ينبغي أن لاتسمع بيّنة صاحب اليد في هذه الصورة، وإليه مال الصدر الشهيد، والذى تغمّده الله بالرحمة والرضوان . وعلى قول من يقول : سمع بيّنة صاحب اليد، لو أقام الخارج بعد ذلك بيّنة على أنه تزوّجها قبل صاحب اليد يقضى للخارج .

٤٠٧٠- وفى "الحاوى" : إذا شهد الشهود بعد الدعوى والإنكار أنها امرأته وحلاله، ولم يقولوا : أنه تزوّجها، قيل : لا تقبل الشهادة ما لم يشهدوا على العقد . قال : وفى كتاب الحدود إشارة إلى أنها تقبل، فإنّ محمدًا رحمه الله تعالى قال : إذا قال المشهود عليه بالزنا : أنّى قد تزوّجتها، أو قال : هى امرأتى، درئت الحد، سوى بين الأمرين، فدلّ أنهما واحد فيقبل .

٤٠٧١- ادّعى رجل نكاح امرأة وهى فى يد آخر، فأقرّت المرأة للمدّعى، ثم أقام البيّنة بدون التاريخ، بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا : يقضى للخارج بحكم الإقرار . وقال بعضهم : يقضى لصاحب اليد، فلو أنها ما أقرّت للخارج حتى أقام الخارج بيّنة على النكاح، وأرّخ شهوده، وأقام ذو اليد بيّنة على النكاح مطلقًا من غير تاريخ، فإن أقام ذو اليد بيّنة على أنها امرأته ومنكوحته، كانت بيّنة الخارج أولى، كما فى دعوى الملك، وإن أقام بيّنة على أنه تزوّجها كانت بيّنة ذى اليد أولى، وإن لم يؤرّخ، وكان يده دليل على سبق نكاحه، هكذا حكى عن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى .

وبعض مشايخنا قالوا : يجب أن تكون بيّنة ذى اليد أولى على كل حال؛ لأنّ السبب يتعيّن فى باب النكاح، فيصير مذكورا لا محالة، ولأجل هذا المعنى قلنا : إنّ من ادّعى على امرأة أنها امرأته بسبب النكاح، وشهد الشهود مطلقًا أنها امرأته تقبل الشهادة؛ لأنّ السبب لما كان متعيّنا فى باب النكاح، صار هو مذكورًا فى الشهادة .

٤٠٧٢- ولو أقام الخارج بيّنة على النكاح، وأرّخ شهوده، وأقام بيّنة على إقرار ذى اليد، أنّ نكاح ذى اليد كان فى وقت كذا، وذكر وقتًا بعد تاريخ بيّنة الخارج، كانت بيّنة الخارج أولى، وتندفع به بيّنة ذى اليد، إلا إذا وقت[٢] ذو اليد فقال : تزوّجها قبل تزوُّج الخارج، ثم جدّدنا العقد بعد ذلك التاريخ، فحينئذٍ لا تدفع بيّنة ذى اليد بيّنة الخارج، وكانت بيّنة الخارج

---

(١) وفى "ب" : على النكاح من غير ذكر "بتاريخ سابق".

(٢) لعله هو الصحيح، ولكن كان فى الأصل و "ظ" : وقف، وفى "ب" : دفع.

أولى[١].

٤٠٧٣- رجل ادّعى على امرأة في يد رجل أنها امرأته، وأقام على ذلك بيّنة، وأقام الذي في يديه بيّنة أنها امرأته، قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: إن ادّعى كل واحد أنها امرأته مطلقًا، ولم يذكر أنه تزوّجها، لا يقضى لذي اليد بل يقضى للخارج، وإن ذكر كل واحد أنه تزوّجها، والشهود شهدوا كذلك يقضى لصاحب اليد. وهذا القائل قاس هذا على دعوى الملك، فإنّ الخارج مع ذي اليد إذا ادّعيا ملك عين ملكًا مطلقًا، وأقاما البيّنة على ذلك يقضى للخارج. ولو ادّعيا الشراء من رجل واحد، وأقاما على ذلك البيّنة يقضى لصاحب اليد. ومنهم من قال: يقضى لصاحب اليد على كل حال؛ لأنّ السبب متعيّن في دعوى المرأة وهو التزوّج، فصار ذلك مذكورا في الدعوى، ولا كذلك ملك العين.

٤٠٧٤- وفي "فتاوى أبي الليث": سئل ابن سماعة[٢] عن امرأة ادّعت على رجل أنه قد تزوّجها، فأنكر، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يحلف بالله ما هي بزوجة له، وإن هي زوجة له فهي طالق بائن، أما الاستحلاف على النكاح فهو مذهبنا، وهو المختار، واختاره الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى رفقًا بالناس. وأما ضمّ الحلف بالطلاق إلى الحلف على النكاح، فلأنه يجوز أن يكون كاذبًا في الحلف على النكاح، وبجحوده لا يقع الطلاق، فتبقى معلّقة [ويضم إليه الحلف بالطلاق حتى لا تبقى معلّقة][٣] لو كان كاذبًا في الحلف على النكاح.

وفي "الجامع الأصغر": قال: حلف متى حلف ولا بيّنة لها، فالقاضي يقول: فرّقت بينهما، وما لم يقل ذلك لا تقع الفرقة[٤].

٤٠٧٥- ولو ادّعى رجل على امرأة نكاحًا، والمرأة في نكاح الغير، ولا بيّنة للمدّعي يستحلف الزوج والمرأة، ويبدأ بيمين الزوج، فيحلف بالله ما يعلم أنها امرأة هذا المدّعي، فإن حلف انقطع دعوى المدّعي، وإن نكل تحلف المرأة على البتات بالله ليست امرأة لهذا المدّعي، فإن نكلت قضى عليها بالنكاح.

٤٠٧٦- وفي دعوى الفتاوى عن محمد رحمه الله تعالى: فيمن تزوّج امرأة وابنتها في عقدتين، ثم قال: لا أدري السابق منهما، إن ادّعيا السبق يحلف لكل واحدة منهما أنه ما

(١) وفي "ف" و "ب": وكانت بينة ذي اليد أولى.

(٢) وفي "ف" و "م": ابن سلمة.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) وفي "م": وما لم يقل ذلك لا يثبت الفرقة يعني إذا لم يضم الحلف بالطلاق إلى الحلف على النكاح.

تزوّجها قبل صاحبتها، بأيتهما شاء بدأ. وإن شاء أقرع[١]. فإن حلف لإحداهما ثبت نكاح الأخرى [وإن نكل لزمه وبطل نكاح الأخرى][٢].

٤٠٧٧- وسئل نصير عن رجلين ادّعيا نكاح امرأة، فأقرّت هى لأحدهما، قال: ليس للآخر أن يحلفها ما لم يحلف الذى أقرّت هى له به، فإن حلف برئ، وإن نكل عن اليمين يفرّق بينهما، ثم تحلف المرأة، فإن حلفت برئت، وإن نكلت عن اليمين صارت زوجة له.

٤٠٧٨- فى "المنتقى": بشر بن الوليد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا تزوّج العبد حرّة، ثم ادّعى أنّ المولى لم يأذن له بالنكاح، وقالت المرأة: قد أذن له، فإنى أفرّق بينهما لإقراره بفساد النكاح. قال: ولا أصدّقه فى إبطال المهر، وألزمه المهر الساعة إن كان[٣] دخل بها، ولها النفقة ما دامت فى العدّة، وإن لم يدخل بها جعلت لها عليه نصف المهر، وكذلك إذا قال: لا أدرى أذن لى أو لم يأذن.

٤٠٧٩- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": رجل تزوّج امرأة، ثم أقرّ بعد ما تزوّجها أنّ فلانًا كان تزوّجها قبلى، إلا أنه طلّقها وانقضت عدّتها، ثم تزوّجتها بعد ذلك، وقالت المرأة: إنّ فلانًا تزوّجنى قبلك وهو زوجى فى الحال، ولا نكاح بينى وبينك. وفلان المقرّ له غائب، فالقاضى لا يفرّق بين المرأة وبين الزوج الثانى فى الحال، فإن حضر الغائب وأقرّ بالنكاح، وأنكر الطلاق قضى بالمرأة للذى حضر؛ لأنّ نكاح الذى حضر ثبت بتصادق الكلّ، ولم يثبت طلاقه لما أنكر الطلاق، وظهر أنّ الثانى تزوّجها منكوحة الأول، فلم يصحّ نكاح الثانى، فيفرق بين الثانى وبين المرأة، ويقضى بالمرأة للأول. ثم ينظر إن كان الثانى لم يدخل بها كان للأول أن يقربها للحال، فإنها امرأته، ولم تجب عليها العدّة عن الغير، وإن كان الثانى قد دخل بها فليس للأول أن يدخل بها للحال؛ لأنه وجب عليها العدّة من الثانى؛ لأنه وطئها بشبهة النكاح، إذ لا يجوز وطء معتدّة الغير، كما لا يجوز وطء منكوحة الغير، ونكاح الأول على حاله، وإن صارت معتدّة عن الثانى؛ لأنّ العدّة تمنع ابتداء النكاح، أما لا تمنع بقاءه.

٤٠٨٠- وإن أقرّ الذى حضر بالطلاق وانقضاء العدّة [كما قاله الزوج الثانى، والمرأة أنكرت الطلاق وانقضاء العدّة][٤]، فإنّ الطلاق يقع عليها من الأول حين أقرّ بالطلاق، وتجب

---

(١) وفى "ب": أقرا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) وفى "ظ": إن كان قد دخل بها.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

عليها العدّة منذ يوم أقرّ به الأول بطلاقها، ويفرّق بينها وبين الزوج الثانى؛ لأنّ الذى حضر أقرّ بالطلاق، ولو استند الطلاق إلى وقت ما مضى، فيصدّق فى حق الطلاق، ولا يصدّق فى حق الاستناد عند تكذيب المرأة إياه فى الاستناد [لما فى الاستناد][1] من إبطال حقها فى النفقة والسكنى، فيقع الطلاق، وتجب العدّة فى الحال.

فإن قيل: وجد من المرأة التصديق فى هذا الاستناد، لما أقدمت على تزوّجها من الزوج الثانى. قلنا: [هذا التصديق لم يقع معتبرا، لأنه وجد فى غير أوانه؛ لأنه وجد قبل إقرار الأول بالطلاق، بأنّ التصديق منها مقتضى إقدامها على النكاح الثانى][2]، ذلك قبل إقرار الأول بالطلاق، وما وجد فى غير أوانه فوجوده وعدمه سواء. ثم إذا لم يعتبر الاستناد فى هذه المسألة، ووقع الطلاق فى الحال، ظهر أنّ الثانى زوّجها وهى امرأة الأول، فيفرّق بينهما، فإن صدّقت المرأة الزوج الذى حضر فى الطلاق وانقضاء العدّة، لم يفرّق بينها وبين الثانى؛ لأنّا إنما لا نصدّق الذى حضر فى الاستناد لحق المرأة، فإن وجد التصديق منها ثبت الإسناد، وظهر أنّ الزوج الثانى تزوّجها بعد ما طلّقها وانقضت عدّتها.

فإن قيل: ينبغى أن لا يصدّقان لحق الله تعالى؛ لأنّ فى العدّة حق الله تعالى. قلنا: نعم، إلا أنّ المعتدّة فى حقوق الله تعالى أمينة، والأمين إذا أخبر عما ائتمن فيه، وهو محتمل للصدق فإنه يصدّق.

وحكى عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيبانى رحمه الله تعالى: أنه كان يفتى فى الزوجين يتصادقان على الطلاق وانقضاء العدّة، أنهما لا يصدّقان على إبطال العدّة، وعليها أن تعتدّ من وقت الإقرار. وإن كان جواب هذا الكتاب فى الإقرار أنهما يصدّقان، وكان يحتاط فى هذا الجواب دفعًا للحيل الباطلة، وردًا للعادة القبيحة، وإن أنكرت المرأة نكاح الغائب أصلا، والمسألة بحالها وهى امرأة الثانى.

٤٠٨١- وقال: ولو أنّ هذا الزوج قال: كان لها زوج قبلى، ولم يسمّه، بل أبهمه إبهاما، وقال: إنه طلّقها وانقضت عدّتها، ثم تزوّجتها، وقالت المرأة: نعم، كان لى زوج قبلك، إلا أنه لم يطلّقنى، فالقاضى لا يفرّق بينها وبين الزوج الثانى.

٤٠٨٢- فإن جاء رجل وادّعى نكاحها، وأقرّت المرأة به، وقالا -يعنى المرأة، والذى حضر-: هذا هو الذى أقرّ به الزوج الثانى، وأنكر الزوج الثانى ذلك، فالقول قول الزوج

(١) أثبت من "ب".

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

الثانى ؛ لأنه أقرّ لمجهول، والإقرار لمجهول لا يصح، فإذا جاء رجل وادّعى كان هذا بمنزلة ابتداء الدعوى من غير تقدّم الإقرار، فيكون القول فى إنكار نكاحه قول الزوج الثانى.

٤٠٨٣- قال: ولا يمين على الزوج الثانى فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وفى قياس قولهما: يستحلف، فإن حلف، فهى امرأة الثانى، وإن نكل فرّق بين المرأة وبين الزوج الثانى، وقضى بها للذى حضر. وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: يجب أن يستحلف الزوج الثانى ههنا بلا خلاف؛ لأنّ الدعوى ههنا فى الفرقة، ألا ترى لو نكل الزوج الثانى يفرّق بينه وبين المرأة، والاستحلاف يجرى فى دعوى الفرقة بلا خلاف، فإنّ المرأة إذا ادّعت الطلاق على الزوج، وأنكر الزوج الطلاق يستحلف بلا خلاف.

قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى: هذا هو الصحيح، أنّ الزوج الثانى يحلف بلا خلاف[1]؛ لأنه استحلاف على الفرقة، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يرى ذلك، ومحمد رحمه الله تعالى فى الكتاب يقول: فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى [ولم يقل فى قول أبى حنيفة][2]، فيكون هذا تخريجًا على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، ويجوز أنّ محمدًا أخطأ فى هذا التخريج، ولا نسلّم هذا التخريج على قول أبى حنيفة.

قال شيخ الإسلام: الأول أصحّ؛ لأنّ أبا حنيفة رحمه الله تعالى إنما يرى التحليف على الفرقة، إذا وقع الدعوى فى الفرقة مقصودًا، كما فى المسألة التى ذكرناها، والدعوى ههنا ما وقع فى الفرقة مقصودًا، إنما وقع فى النكاح؛ لأنّ الذى حضر لا يدّعى الفرقة على الثانى، إنما يدّعى نكاح نفسه، إلا أنه متى نكل الثانى ويثبت نكاح الذى حضر، يجب التفريق بين المرأة وبين الزوج الثانى حكمًا؛ لثبوت نكاح الذى حضر لا أصلا ومقصودًا، فالأصل فى هذا الباب أنّ دعوى النكاح أصل، ودعوى الفرقة تبع، والتبع ليس له حكم نفسه، وإنما له حكم الأصل، فإذا لم يجز الاستحلاف فيما هو الأصل وهو النكاح، لا يجرى فيما هو التبع له وهو الفرقة.

٤٠٨٤- وفى "فتاوى الفضلى": سئل عمّن مات، فشهد شاهدان أنّ هذه المرأة كانت امرأته، وشهد آخران أنه كان طلّقها قبل الموت، قال: بيّنة[3] النكاح أولى؛ لأنه يجعل كأنه طلّقها ثم تزوّجها. وقال القاضى الإمام ركن الإسلام على السغدى رحمه الله تعالى: بيّنة

(١) وفى "م": بالإجماع مكان بلا خلاف.

(٢) أثبت من "ب" و "ظ".

(٣) وفى "م": بينة لأصل النكاح.

الطلاق أولى ؛ لأنها تثبت زيادة أمر وهو الطلاق بعد النكاح .

٤٠٨٥- وفى "مجموع النوازل" : إذا شهد أحد الشاهدين أنها زوّجت نفسها منه ، وشهد الآخر أنّ وليّها زوّجها برضاها منه ، لا يقبل [شهادة الشاهدين][1] لاختلافهما لفظًا ومعنى ، فلو ادّعى هذا المدّعى بعد هذه الدعوى أنها زوّجت نفسها منه ، ثم شهد بذلك شاهدان يقبل ، ولا يتحقق التناقض ؛ لأنه يمكن أن يقول : تزوّجتها مرّة بتزويج الولى إيّاها منّى ، وتزوّجتها مرة أخرى بتزويجها نفسها منّى .

٤٠٨٦- وفيه أيضًا : إذا أقامت المرأة بيّنة على الطلقات الثلاث ، وأقام الزوج بيّنة فى دفع دعواها عليها أنها أقرّت أنها اعتدّت بعد التطليقات الثلاث ، وتزوّجت بزوج آخر ودخل بها ، ثم طلّقها وانقضت عدّتها ، ثم تزوّجت وهى حلال له ، هل يصحّ دعواه عليها على هذا الوجه؟ قال : لا ؛ لأنّ أكثر ما فيه أنه ثبت بهذه البيّنة أنها مبطلة فى دعواها ، إلا أنّ دعواها ليس بشرط لسماع البيّنة القائمة على الحرمة وصحتها .

٤٠٨٧- قال : وهو نظير ما لو أقامت عليه البيّنة أنه طلّقها ثلاثًا ، وادّعى الزوج فى دفع دعواها ، أنها أقرّت أنها استأجرت هؤلاء الشهود ليشهدوا لها بذلك بزور ، لايبطل ما أقامت من البيّنة على التطليقات الثلاث ؛ لأنه وإن ثبت ببيّنة الزوج بطلان دعواها وإقرارها بكذب الشهود ، إلا أنّ دعواها ليس بشرط لسماع البيّنة على الحرمة .

٤٠٨٨- ادّعى على امرأة نكاحًا ، فشهد الشهود بهذا اللفظ : ما هر دوا را زن وشوى دانسته ايم ، فالقاضى لا يقضى بشهادتهم ؛ لأنّ هذا بمنزلة ما لو قالوا : نشهد فيما نعلم ، وذلك غير مقبول عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وكذلك لو شهدوا فقالوا : إيشان چنان باشيده اند كه زنان وشويان باشند ، لا تقبل شهادتهم .

٤٠٨٩- إذا ادّعى على امرأة نكاحًا ، وأقام على ذلك بيّنة ، ثم إن المرأة ادّعت عليه على وجه الدفع ، أنكَ أقررتَ فى حال جواز إقرارك طائعًا أنك خالعتنى ، ووقعت الفرقة بيننا بالخلع ، ولم يبق بيننا نكاح ، وأقامت على ذلك بيّنة ، فهذا دفع صحيح ، يجعل كأنّ المدّعى تزوّجها ، ثم خالعها ، وهذا من باب العمل بالبيّنتين ، وسواء كان هذا الدفع قبل القضاء بالنكاح أو بعده ؛ لأنّ إقامة البيّنة على الخلع تقرير النكاح السابق .

٤٠٩٠- رجل ادّعى النكاح على امرأة وهى تنكر ، وحلفت على دعواه ، لا يحل للرجل أن يتزوّج بأختها ، وأربع سواها ؛ لأنّ فى زعم الرجل أنّ النكاح ثابت ، وأنّ المرأة كاذبة فى

(١) هكذا فى "م".

إنكارها، وزعمه معتبر في حقه.

وكذلك لو ادّعت النكاح على رجل، وحلف الرجل لا يحلّ لها أن تتزوّج بزوج آخر؛ لأنّ في زعم المرأة أنّ الرجل كاذب، وإني منكوحته.

٤٠٩١- رجل ادّعى على امرأة النكاح، والمرأة تجحد نكاحه، وتقرّ بالنكاح لرجل آخر، فأقام المدّعى بيّنة على دعواه، فلم تظهر عدالة الشهود، فالقاضي يسلم المرأة إلى المقرّ له، وهذا إذا قال المدّعى: لا بيّنة لي سوى هذه البيّنة. أما إذا قال: لي بيّنة أخرى، فالقاضي لايسلمها إلى المقرّ له، بل يحُول بينها وبين المقرّ له، إلى أن يظهر عجز المدّعى عن إقامة البيّنة.

٤٠٩٢- امرأة ادّعت على رجل النكاح، والرجل يجحد، فأقامت المرأة شاهدين، شهد أحدهما أنّ هذا الرجل أقرّ أنّ هذه المرأة امرأتي، وشهد الآخر أنه أقرّ أنها كانت امرأتي، تقبل هذه الشهادة. وكذلك إذا شهد أحدهما أنها كانت امرأته، وشهد الآخر [أنها امرأته، أو شهد أحدهما بالفارسية (اين زن وى است)، وشهد الآخر][1] اين زن وى بوده است، تقبل؛ لأنّ الذي شهد أنها كانت امرأته شهد أنها امرأته للحال. ألا ترى أنّ في باب دعوى ملك الأعيان لو شهد أحد الشاهدين أنّ هذه العين كانت ملك هذا المدّعي، وشهد الآخر أنها ملك هذا المدّعي تقبل شهادتهما. ولو كان الزوج يدّعي أنها كانت امرأته، وشهد الشهود أنها امرأته، ينبغي أن لا تقبل هذه الشهادة كما في دعوى ملك العين، فإنّ من ادّعى عينًا في يد إنسان أنها كانت ملكه، وشهد الشهود أنها ملكه، أو ادّعى أنها كانت له، وشهد الشهود أنها له، لا تقبل هذه الشهادة عند أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى، وهو الأصحّ.

٤٠٩٣- رجل ادّعى النكاح على امرأة، وهي تجحد تقول: إنّ لي زوجًا في بلد كذا، وسمّى ذلك الزوج أو لم يسمّ، وأقام الرجل البيّنة على دعواه، فالقاضي يقضي عليها بالنكاح، ولا يكون إقرارها بالنكاح لغير هذا المدّعى مانعًا من القضاء ببيّنة المدّعى.

٤٠٩٤- تزوّج امرأة بشهادة شاهدين، وأنكرت المرأة النكاح، وتزوّجت بآخر، وقد مات شهود الأول، ليس للزوج أن يخاصم المرأة؛ لأنّ المخاصمة للتحليف، والمقصود من التحليف النكول الذي هو إقرار. ولو أقرّت صريحًا بنكاح الأول بعد ما تزوّجت الثاني، لايصح إقرارها، ولكن [للزوج الأول أن][2] يخاصم الزوج الثاني ويحلفه، فإن نكل حتى صار مقرًّا ببطلان نكاحه، إلا أن يخاصم المرأة ويحلفها، وقد ذكرنا تمام المسألة قبل هذا.

---

(١) أثبت من "ظ" و"م".

(٢) أثبت من "م" و"ب" و"ف".

٤٠٩٥- وفي "واقعات الناطفي" : لو أقام رجل بينة على امرأة أنّ أباها زوّجها منه قبل بلوغها، وأقامت المرأة بيّنة أنه زوّجها منه بعد البلوغ بغير رضاها، فبيّنتها أولى؛ لأنّ البلوغ معنى حادث يفسد بيّنتها، فكانت بيّنتها أكثر إثباتًا، ثم يثبت فساد النكاح ضرورة.

٤٠٩٦- وفي "فتاوى الفضلي" : تزوّج الرجل امرأة، ودخل بها، ثم ادّعت بعد الدخول بها أنها قد ردّت النكاح حين زوّجها الأب، وأقامت على ذلك بيّنة، تقبل بيّنتها.

قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في واقعاته: الصحيح أنها لا تقبل بيّنتها؛ لأنّ التمكين قائم مقام الإقرار، ولو ادّعت الردّ بعد الإقرار لا تسمع دعواها الردّ، ولا تقبل بيّنتها على ذلك، كذا ههنا.

٤٠٩٧- وفي هذا الموضع أيضًا: إذا تزوّج الرجل مولّيته[1] فردّت النكاح، فادّعى الزوج أنها صغيرة، وادّعت هي أنها بالغة، فالقول قولها إن كانت مراهقة؛ لأنها إذا كانت مراهقة فقد أخبرت عما هو يحتمل الثبوت، فيقبل قولها؛ لأنها منكرة معنى وإن كانت مدّعية صورة؛ لأنها تنكر وقوع الملك عليها.

الشهادة على النكاح بالشهرة والتسامع جائزة:

٤٠٩٨- وفي "المنتقى" : والشهادة بالتسامع على المهر لا تجوز، وإذا أرادت المرأة إثبات تأكُّد المهر ينبغي أن تثبت الخلوة الصحيحة بالبيّنة، وقد قيل: يجوز الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى، وهكذا ذكر الخصّاف في "أدب القاضي". وفي "الإملاء" عن محمد رحمه الله تعالى: أنّ الشهادة على المهر بالتسامع لا تجوز. وأما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع، فقد قيل: لا تجوز.

٤٠٩٩- ادّعى النكاح على امرأة، فشهد الشهود بهذا اللفظ "گواهی میدهم چون پدر وی را بزنی داد او روا داشت نكاح پدر را"، قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنهم شهدوا على الرضا بالنكاح. وبعضهم قالوا: لا، وهذا سهو، وينبغي أن تقبل الشهادة؛ لأنهم شهدوا على النكاح، وعلى رضاها بالنكاح، حيث قالوا: "چون پدر ويرا بزنی داد".

٤١٠٠- ادّعى النكاح بمحضر من الشهود، لا بدّ وأن يذكر سماع الشهود كلام المتعاقدين؛ لأنّ بين العلماء رحمهم الله تعالى اختلاف في أنّ سماع الشهود كلام المتعاقدين

(١) وفي "ب" و"ف": وليته، وفي "م": ابنته.

هل هو شرط؟ والأصح أنه شرط، فلا بدّ من ذكره؛ ليصحّ الدعوى.

٤١٠١- شهد أنه زوّج فلانة ابنة فلان، إلا أنهما قالا: نحن لا نعرفها بوجهها، فإن لم يكن له إلا بنت واحدة، أو كانت له ابنتان، أو ثلاث، إلا أنه ليس له بهذا الاسم إلا واحدة، فالشهادة جائزة. ولو كان له ابنتان كبرى وصغرى، فشهد شاهدان أنه زوّج ابنته الكبرى من هذا.

وقالا: نحن لا نعرف الكبرى بوجهها، فالشهادة جائزة، ويقضي القاضي بالنكاح. وإذا أحضر المدّعي بعد ذلك بيّنة، ويدّعي أنها هي الكبرى، فالقاضي يأمره بإقامة البيّنة على أنها هي الكبرى.

٤١٠٢- وفي "إقرار المنتقى": امرأة ادّعت على رجل أنه تزوّجها، فقال الرجل: ما فعلت، ثم قال: بلى فعلت، فهذا جائز، وكذلك إذا ادّعى الرجل النكاح، وجحدت المرأة، ثم أقرّت. ولو كانت المرأة أقرّت بالدعوى، فقالت: زوَّجني إيّاك أبي، وقال: قد فعل، إلا أني رددت النكاح، ثم قال بعد ذلك: قد كنت أجزته، فلا نكاح بينهما، إلا أن تعود المرأة إلى تصديقه، فيجوز حينئذٍ. قال: وليس إنكاره النكاح كادّعاءه[1] الفسخ، ألا ترى أنه لو أقامت بيّنة على رجل أنّ أباها زوّجها إياه، وقد رضي بالنكاح، فقال الرجل[2]: زوَّجني إياها، إلا أني قد فسخت النكاح، ولم أقبل، فإني أفرِّق بينهما، وألزمه نصف المهر، ولو بدأ الزوج، فقال: قد زوَّجني إيّاكِ أبوكِ، فقالت: قد فعل، إلا أني قد رددت النكاح، أو قالت: لم يفعل، ثم قالت: قد فعل ورضيت، لزمها في الوجهين.

٤١٠٣- وفي كتاب الدعوى من المنتقى": ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل[3] مع امرأة لها منه أولاد، وهي معه في منزله يطأها، وتلد له سنين، ثم أنكرت أن تكون امرأته، قال: إذا أقرّت أنّ هذا الولد منها، فهي امرأته، وإن لم يكن بينهما ولد، وإنما كانت معه على هذا الحال، فالقول قولها.

٤١٠٤- وفيه أيضًا: ادّعى رجل على امرأة أنه تزوّجها وأنكرت ثم مات الرجل، فجاءت تدّعي ميراثه، فلها الميراث، وكذلك لو كانت المرأة ادّعت النكاح، وأنكر الزوج، ثم ماتت المرأة، فجاء الرجل يطلب ميراثها، وزعم أنه تزوّجها، فله الميراث.

(١) لعله هو الصحيح، وكان في الأصل: كان غاية الفسخ.

(٢) وفي "ب": الزوج.

(٣) وفي "م": في رجل دخل مع امرأة.

٤١٠٥- وفي "إقرار الأصل" : إذا أقرّ رجل أنه تزوّج فلانة بألف، وصدّقته المرأة بعد ما مات، عمل تصديقها، حتى كان لها المهر والميراث، وإن أقرّت المرأة أنها تزوّجت فلانًا بألف درهم، وصدّقها الزوج بعد موتها، عمل تصديقه عندهما، حتى يرث منها، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا يعمل تصديقه، حتى لا يرث منها.

٤١٠٦- ادّعى أنها امرأته، وشهد الشهود أنه تزوّجها في شهر كذا، يقبل، وعلى العكس لا يقبل. وإذا شهد أحد الشاهدين أنه تزوّجها وشهد الآخر أنها وهبت نفسها منه، تقبل الشهادة؛ لأنّ لفظ الهبة صارت كناية عن التزويج مجازًا، ولو شهد أحدهما أنه نكحها، وشهد الآخر أنه تزوّجها تقبل الشهادة. وقيل: لا تقبل؛ لأنّ النكاح يستعمل في الوطء، وهذا القائل يقول: لو شهدا أنه نكحها لا تقبل شهادتهما، وعلى القول الأول تقبل، وهو الصحيح.

٤١٠٧- ولو شهد أحدهما أنه نكحها، وشهد الآخر بالفارسية "وى را بزنى خواسته است" لا تقبل هذه الشهادة، هكذا [قيل، وقيل: تقبل، وهكذا][1] ذكر البقالي في "فتاواه". إذا اختلفا في الزمان، فقد ذكرنا هذا الفصل في أول الكتاب في فصل الشهادة، وإذا اختلفا في المكان لا تقبل الشهادة، وكذا إذا اختلفا في الإنشاء والإقرار لا تقبل الشهادة.

٤١٠٨- وإذا ادّعى أنه تزوّجها على ألف وخمسمائة، وشهد أحد الشاهدين بذلك، وشهد الآخر بألف يقضي بالنكاح بألف؛ لأنّ المقصود والمبتغى من جانب الزوج ملك البضع، وقد اتفقا عليه، ولو كان الدعوى من جانب المرأة، فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما لا يقضي بالنكاح، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في "الأمالي" مثل قول أبي حنيفة.

٤١٠٩- ولو شهد أحدهما أنه تزوّجها على هذا العبد، وقيمته ألف، وشهد الآخر أنه تزوّجها على ألف، فإن كان الدعوى من جانب الزوج يقضي بالنكاح، وإن كان من جانب المرأة يجب أن يكون على الخلاف.

نوع آخر منه في اختلافهما في متاع البيت:

٤١١٠- [إذا اختلف الزوجان في متاع البيت][2] حال قيام النكاح، أو بعد الفرقة

---

(١) أثبت من جميع النسخ التي اعتمدنا عليها.

(٢) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

بالطلاق، أو ما أشبهه، قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : ما يصلح للرجال، فهو للرجل، وذلك نحو السيف، والفرش، وأشباه ذلك. وما يصلح للنساء، فهو للمرأة، وذلك نحو الدرع، والخمار، والمغزل، وأشباه ذلك. وما يصلح لهما نحو الدار، والخادم، والغنم، والشياه[١]، فهو للرجال. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : للمرأة جهاز مثلها، والباقى للرجل.

وهذا الذى ذكرنا إذا اختلفا بعد الفرقة فى متاع كان فى أيديهما حال قيام النكاح، أما لو اختلفا بعد وقوع الفرقة فى متاع أحدثا بعد الفرقة، فهو بينهما أى شىء كان.

٤١١١- وإذا مات أحدهما، ثم وقع الاختلاف بين الباقى وورثة الميت، على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى يعطى المرأة جهاز مثلها إن كانت حية، وورثتها إن كانت ميتة، والباقى للزوج إن كان حيا، ولورثته إن كان ميتًا [وعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : ما يصلح للرجال، فهو للرجل إن كان حيّا، ولورثته إن كان ميتًا، و][٢] ما يصلح للنساء، فهو على هذا، وما يصلح لهما، فهو على قول محمد رحمه الله تعالى : للرجل إن كان حيّا، ولورثته إن كان ميتًا، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : المشكل للباقى منهما.

٤١١٢- وما كان من متاع التجارة والرجل معروف بتلك التجارة، فهو للرجل، وإن كان أحدهما حرّا، والآخر مملوكًا، فإن كان المملوك محجورًا، فالمتاع للحرّ منهما أيتهما كان، وإن كان أحدهما مأذونًا أو مكاتبًا، فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى هذا وما لو كان أحدهما محجورًا سواء. وعندهما هذا وما لو كانا حرّين سواء.

٤١١٣- وإن كان له نسوة، ووقع الاختلاف بينه وبينهن فى المتاع، فإن كنّ فى بيت واحد فمتاع النسوة بينهنّ على السواء، وإن كانت كل واحدة فى بيت على حدة، فما كان فى بيت كل امرأة فهو بينها وبين زوجها على ما وصفنا، لا يشاركن[٣] بعضهنّ بعضًا، فإن كان أقرّت المرأة بمتاع، إن الرجل اشتراه فهو للرجل، اعتبارًا للثابت بإقرارها بالثابت عيانًا. وإذا كان المنزل ملكًا للزوج أو للمرأة، فالقول فى المتاع على ما وصفنا. وإن كان أحد الزوجين غير مدرك، إلا أنه يجامع[٤] مثله، فالقول فى المتاع على ما وصفنا، وإن كانا مملوكين أو مكاتبين،

---

(١) وفى "م" : السائمة.

(٢) أثبت من النسخ التى اعتمدنا عليها.

(٣) هكذا فى "ظ"، وكان فى الأصل و "ب" : لا يشارك.

(٤) وفى "ف" : لا يجامع.

فالقول فى المتاع على ما وصفنا ؛ لأنه لا حريّة لأحدهما على الآخر .

٤١١٤- وفى "المنتقى" : ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : فى رجل له بنين زوّجهم، إلا أنه لم يبؤهم [بيوتًا، بل هم][1] مع أبيهم فى داره وعياله ، فقال البنون : المتاع متاعنا ، فإنّ المتاع متاع الأب إلا الثياب التى عليهم . وإذا كان الأبوان فى عيال ابن كبير فى منزله ، فالمتاع متاع الابن ؛ لأنه ابن ربّ الدار ، وصاحب النفقة . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : ما كان على الأمة مما يلبس النساء من الثياب والحلى فهو لها ، وكذلك ما كان على العبد من لباس يلبسه الرجال . قال : ولا أحفظ فى هذا عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، ولكن أحفظ عنه فى رجل آجر عبده من رجل ليعمل عنده ، فما كان فى يد العبد فهو لأستاذه ، وما كان العبد لابسه فهو للعبد ، فهذا على ذلك .

٤١١٥- أبو سليمان عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : إذا اختلف الزوجان فى دار فى أيديهما ، فهو للزوج فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ، وإن أقاما البيّنة فالبيّنة بيّنة المرأة ، وإذا اختلفا فى متاع من متاع النساء ، وأقاما البيّنة ، فقضى به للزوج .

نوع آخر منه فى اختلافهما فى المتاع والنكاح:

٤١١٦- قال هشام : سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن رجل وامرأة فى دار ، ادّعت المرأة أنّ الدار دارها ، وأنّ الرجل عبدها ، وأقامت على ذلك بيّنة ، وادّعى الرجل أنّ الدار داره ، وأنّ المرأة امرأته ، قال : أقبل بيّنة المرأة على الدار ؛ لأنى أجعل الدار فى يد الرجل ، فالدار دارها ، وأجعل البيّنة بيّنة الزوج فى التزويج ، وأجعلها امرأته ، وتزويجها نفسها إقرار منها بأنه ليس بمملوك لها .

٤١١٧- وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : رجل وامرأة ، وفى أيديهما دار ، أقامت المرأة بيّنة أنّ الدار دارها ، والرجل عبدها ، وأقام الرجل بيّنة أنّ الدار له ، وأنّ المرأة [زوجته][2] تزوّجها على ألف درهم ودفعها إليه ، ولم يقم بيّنة أنه حرّ ، فإنه يقضى بالدار للمرأة ، ويقضى بالرجل أنه عبد لها .

٤١١٨- ولو أقام بيّنة أنه حر الأصل والمسألة بحالها ، كانت المرأة امرأته ، ويقضى بأنه

---

(١) أثبت من "ب" و "ف" و "ظ" .

(٢) أثبت من النسخ التى اعتمدنا عليها.

حرّ، ويقضى [بالدار][1] للمرأة من قِبَل أنّ الدار والمرأة في يدى رجل، حيث جعلتها امرأته، والمرأة هى المدّعية للدار كزوجين فى أيديهما [دار][2]، وأقام كل واحد منهما بيّنة على أنّ الدار داره، وهناك يقضى بالدار للمرأة، قال: وهكذا فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى. قال: ولو لم يكن بينهما بيّنة، كانت الدار للزوج -والله أعلم-.

نوع آخر فى اختلافهما فى صحّة العقد وفساده:

٤١١٩- امرأة قالت لزوجها: تزوّجتنى بغير شهود، وقال الزوج: لا، بل تزوّجتكِ بشهود. فالقول قول الزوج، ولو قالت المرأة: تزوّجتنى وأنا صبية. وقال الزوج: تزوّجتكِ وأنتِ بالغة، فالقول قول المرأة.

٤١٢٠- الأصل فى جنس هذه المسائل ما مرّ قبل هذا، فى "فصل الشهادة" فى النكاح: أنّ الزوجين إذا اختلفا فى صحة العقد وفساده، فالقول قول من يدّعى الصحة بشهادة الظاهر له، فبعد ذلك إن كان المدّعى للصحة المرأة، يفرّق بينهما وجعل كأنّ المزوّج أقرّ بثبوت حرمة حادثة، كأنه قال: أنتِ علىّ حرام للحال، فيفرّق بينهما، ولها عليه نصف المهر إن لم يدخل بها، وجميع المهر إن دخل بها، وعليها العدّة. وإذا اختلفا فى وجود أصل النكاح، فالقول قول [من ينكر][3] الوجود.

إذا ثبت هذا فنقول: فى الفصل الأول: اختلفا فى صحة العقد وفساده، لا فى وجود أصله؛ لأنّ الشهادة شرط صحة العقد، لا شرط وجوده. وفى الفصل الثانى: اختلفا فى وجود أصل النكاح؛ لأنّ النكاح فى حالة الصغر قبل وجود إجازة الولى ليس بنكاح معنى؛ لأنّ النكاح متردّد بين الضرر والنفع، وعبارة الصبى فى مثل هذه الحالة ملحقة بالعدم، فكانت منكرة وجود العقد، فكان القول قولها.

وإذا جعلنا القول قول الزوج فى المسألة الأولى، وقضى القاضى بالنكاح بينهما، ذكر أنّ فى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف الأول، وسعها أن تدعه يجامعها، وإن مات الزوج حلّ لها أخذ الميراث وإن كانت صادقة فيما قالت. وعلى قول أبى يوسف الآخر، وهو قول محمد رحمه الله تعالى: إن كانت صادقة فيما قالت لا يسعها المقام معه، ولا يسعها أن تدعه

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: بالدراهم

(٢) أثبت من "ظ".

(٣) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

يجامعها، ولا يأخذ ميراثها إلا أن ترجع عن هذا القول قبل موت الزوج، وهذه المسألة فرع مسألة قضاء القاضى بشهادة الزور.

٤١٢١- وكذلك إذا قالت المرأة لزوجها: تزوّجتنى وأنا معتدّة فلان، وقال الزوج: تزوّجتكِ بعد انقضاء العدّة، فالقول قول الزوج، ويقضى بالنكاح بينهما؛ لأنّ الاختلاف وقع على[1] صحة العقد، فالزوج يدّعى صحة العقد، فيكون القول قوله، وهل يسعها المقام معه، وأن تدعه أن يجامعها إن علمت وقت القضاء أنها كانت منقضية العدّة؟ يسعها ذلك فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الأول؛ لأنّ بالقضاء ثبت بينهما نكاح مبتدأ، وهى فى هذا الوقت كانت خالية عن العدّة محلا للنكاح، وإن علمت أنّ وقت القضاء كانت فى العدّة لا يسعها ذلك بالاتفاق؛ لأنّ بالقضاء إنما يثبت النكاح فى محله، ومعتدّة الغير ليس بمحل للقضاء. وفصل أخذ الميراث على هذا إن علمت أنّ وقت القضاء كانت فى العدّة، لم يحل لها أخذ الميراث، فإن عادت المرأة إلى تصديق الزوج، إن كان ذلك قبل موت الزوج، ثم مات الزوج كان لها الميراث، وإن كانت بعد موت الزوج لم يكن لها الميراث؛ لأنها فى التصديق بعد الموت متهمة؛ لكون ما بعد الموت وقت الميراث، ولا كذلك حالة الحياة.

٤١٢٢- وكذلك إن مجوسيّة أسلمت، فادّعى رجل عليها النكاح بعد الإسلام، وقالت المرأة: تزوّجتنى قبل الإسلام، فالقول قول الزوج، ويقضى القاضى بالنكاح بينهما، وهل يسعها المقام معه؟ فهو على ما ذكرنا.

٤١٢٣- وكذلك لو أنّ امرأة قالت لزوجها: إنِّى أختك من الرضاعة، وقال الزوج: لا، بل أنتِ أجنبيّة، فالقول قول الزوج، ويقضى القاضى عليها بالنكاح، وهل يسعها المقام معه، وأخذ ميراثه؟ وهو على ما ذكرنا، هذه الجملة فى شهادات الجامع قبل باب الشهادة فى الحائط المائل.

٤١٢٤- وفى "باب الإحصان" من نكاح "الأصل": إذا أقرّت المطلّقة الثلاث، بعد ما تزوّجت بآخر وطلّقها، أنّ الزوج الثانى قد دخل بها، حلّ للزوج الأول أن يزوّجها؛ لأنها أخبرت بزوال الحرمة التى هى حق الشرع، والعبد صدق[2] فيما هو حق الله تعالى، ولم يشترط فى الكتاب أن يكون ثقة. وكذلك لو أخبر عنها بذلك ثقة يريد به أنها أرسلت رسولا بذلك، كان الجواب كما قلنا، فقد شرط العدالة فى الرسول، ولم يشترط ذلك فى المرأة.

---

(١) وفى "ب" و "ف": فى مكان على.

(٢) كذا فى الأصل، وفى "ب" و "ف" و "ظ": مصدق.

٤١٢٥- وذكر في "تجريد القدوري" رحمه الله تعالى، في فصل المرأة: يجوز له أن يتزوّجها إذا كانت عنده ثقة، أووقع في قلبه أنها صادقة. وإن كان الزوج الثاني هو الذي أقرّ بالدخول، والمرأة ما أقرّت بذلك لم يحل للزوج الأول أن يتزوّجها، ولا يصدّق الزوج الثاني عليها، وإن كان قد[1] خلا بها. ولو أنكرت الدخول بعد ما تزوّجها الأول بإقرارها لم يصدّق في ذلك؛ لكونها مناقضة.

٤١٢٦- وإن كان الزوج الأول بعد ما تزوّجها أنكر أنّ الزوج الثاني دخل بها، وادّعت هي الدخول، كان القول قولها؛ لأنّ إقدام الزوج الأول على النكاح بعد نكاح الثاني إقرار منه بالدخول دلالة، ولو أقرّ صريحا بذلك ثم أنكر، لا يلتفت إلى إنكاره، كذا ههنا.

٤١٢٧- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": المطلّقة ثلاثًا إذا طلّقها الزوج الثاني، واعتدّت منه، وعادت إلى الأول بنكاح جديد، ثم ادّعت أنّ الثاني لم يكن دخل بها، فإن كانت عالمة بشرائط الحلّ للأول لا تصدّق، وله أن يمسكها، وإن كانت جاهلة بالشرائط صدّقت؛ لأنّ إقدامها على النكاح مع العلم بشرائط الحل إقرار بوجود تلك الشرائط، فأما الإقدام مع الجهل بالشرائط لا يكون إقرارا بوجود الشرائط.

٤١٢٨- وفي "نكاح المنتقى" قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن رجل طلّق امرأته بعد الدخول بها، ثم تزوّجت بزوج آخر بعد الطلاق بيوم، فقال الزوج: تزوّجتكِ ولم تنقض عدّتكِ، وقالت: قد كنت أسقطت بعد الطلاق، فالقول قول الزوج، وإن بدأت هي قبل أن تزوّج نفسها من هذا الرجل، أو بعد ذلك وقالت: قد كنت أسقطت، وانقضت عدّتي، وتزوّجت، قبل قولها، فإن قال الزوج بعد ذلك: كنتِ في العدّة حين تزوّجتكِ، فسخت النكاح بينهما، وقضيت لها بنصف المهر على الزوج.

٤١٢٩- وفي "طلاق المنتقى" أبو سليمان عن أبي يوسف: رجل طلّق امرأته ثلاثًا، فمكثت شهرين، ثم تزوّجها رجل، فقالت بعد النكاح: لم تكن عدّتي انقضت، لم يصدّق المرأة، وله أن يمسكها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وتزويجها نفسها إقرار بانقضاء العدّة، ولو كان تزوّجها بعد الطلاق في وقت لا تنقضي في مثله العدّة، قبل قولها. ولو تزوّجها الزوج الأول بعد سنين من وقت الطلاق، فقالت المرأة بعد ذلك: لم أتزوّج غيركَ، فالقول قولها، وليس هذا كالعدّة.

---

(١) وفي "ف": مدخولا بها.

نوع آخر:

٤١٣٠- امرأة غزلت قطن زوجها، ثم وقع بينهما فرقة، واختلفا في الغزل، فقال كل واحد منهما: الغزل لي، فإن كان الزوج يبتاع القطن، فالغزل لها وعليها مثل قطن الزوج؛ لأنّ الظاهر أنه اشترى القطن للتجارة، لا لغزل المرأة، فتصير المرأة بالغزل غاصبة، وإن لم يكن الزوج بيّاع القطن، فالقول له؛ لأنّ الظاهر أنه إنما حمل القطن إلى البيت لغزل المرأة، والظاهر أنّ المرأة تغزل للزوج، وكذلك هذا الجواب فيما إذا طبخت المرأة القدر من اللحم الذي جاء به الزوج. ولو قال لها الزوج حين جاء بالقطن: اغزلي ليكون لكِ ولِيَ منه الثوب والمتاع، فالغزل للزوج[1]، ولها أجر مثلها؛ لأنه استأجرها ببعض ما يحصل من عملها، فإن اختلفا كان القول قول الزوج؛ لأنّ هذا الشرط هو شرط الأجر يستفاد من مثله، فيكون الغزل له مع يمينه، هذه الجملة في "فتاوى أهل سمرقند".

٤١٣١- في نكاح "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": امرأة غزلت قطن زوجها [بإذنه][2]، وكانا يبيعان من ذلك الكرباس، ويشتريان بالثمن أمتعة البيت لحاجة بيتهما، واتخذا ببعض الكرباس ثياب البيت، فجميع ذلك من الكرباس وما اشترى به، للرجل؛ لأنّ المرأة تعمل للرجال عادة، فيكون ذلك للرجل إلا شيئًا اشترى لها.

٤١٣٢- وفي بيوع "فتاوى أبي الليث": رجل كان يدفع إلى امرأته ما تحتاج إليه، وكان يدفع إليها أحيانا دراهم، ويقول: اشتري بها قطنًا واغزلي، وكانت تشتري وتغزل، ثم تبيع وتشتري بثمنها أمتعة البيت، كانت الأمتعة لها؛ لأنها اشترت من غير توكيل الزوج إياها بالشراء، فتكون مشترية لنفسها، ولو اشترى الزوج قطنًا فغزلته المرأة بإذنه، أو بغير إذنه، كان ذلك للزوج؛ لأنّ هذا من جملة خدمة البيت، فكانت عاملة للزوج.

٤١٣٣- وفي "المنتقى": بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى قطنًا، وأمر امرأته أن تغزله فغزلته، قال: هو له، فإن وضعته في البيت فغزلته، فهو لها دونه، ولا شيء عليها، هو بمنزلة الطعام وضعته في البيت فأكلته.

٤١٣٤- وفيه: رجل جاء بقطن لتغزله امرأته، ولم يقل لها: اغزليه، أو قال لها: اغزليه، أو ترك عندها نفقة لتأكلها وتنتفع بها، ولم يفرض لها كل شهر نفقة، فاشترت منها قطنًا وغزلته، فهو للزوج في جميع هذه الوجوه. وإن كان فرض لها كل شهر نفقة، واشترت

---

(١) هكذا في "ب" و"ف" و"ظ"، وكان في الأصل: بغير إذنه.

(٢) هكذا في "ب" و"ف"، وكان في الأصل و"ظ": فالقول لها، وللزوج أجر مثلها.

منها قطنًا، وغزلته فهو لها، وإن كان له في البيت قطن، فغزلته بغير أمره فهو لها.

٤١٣٥- وفي "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى قطنًا، وغزلته امرأته، فقال له الزوج: غزلتِه بغير أمري، فالقول قوله؛ لأنّ القطن له.

ومما يتصل بهذا الفصل:

٤١٣٦- رجل زوّج ابنته وجهّزها، فماتت الابنة، فزعم أبوها أنّ الذي دفع إليها من الجهاز ماله، وأنه لم يهب منها إنما أعاره منها، فالقول قول الزوج، وعلى الأب البيّنة؛ لأنّ الظاهر شاهد للزوج، لأنّ الظاهر أنّ الأب إذا جهّز ابنته، يدفع ذلك إليها بطريق الملك. والبيّنة الصحيحة أن يشهد عند التسليم إلى البنت، أنّي إنما سلّمت هذه الأشياء إلى البنت بطريق العارية، أو يكتب نسخة معلومة، ويشهد الأب على إقرارها أنّ جميع ما في هذه النسخة ملك والدي عارية في يدي، لكن هذا يصلح للقضاء لا للاحتياط؛ لجواز أنه إنما اشترى لها بعض هذه الأشياء [في حالة الصغر][1]. وبهذا الإقرار لا يصير للأب فيما بينه وبين الله تعالى، فالاحتياط أن يشتري منها ما في هذه النسخة بثمن معلوم، ثم إنّ البنت تبرئة عن الثمن.

وحكي عن القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله تعالى: أنّ القول قول الأب؛ لأنّ اليد استفيدت من جهته، فيكون القول قوله أنه بأي جهة أثبتها، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى، وبه أخذ بعض مشايخنا. وقال الصدر الشهيد في "واقعاته": المختار للفتوى أنّ العرف إذا كان مستمرًا، أنّ الأب يدفع ذلك جهازا لا عارية، كما في ديارنا فالقول قول الزوج، وإن كان العرف مشتركًا، فالقول قول الأب.

٤١٣٧- وفي "فتاوى أبي الليث": امرأة [ماتت][2] فاتخذت والدتها مأتمًا، فبعث زوج الميتة إليها بقرة فذبحتها، وأنفقتها في أيام المأتم، فطلب الزوج قيمة البقرة، فإن اتفقا أنه بعث إليها، وأمرها أن تذبح وتطعم من اجتمع عندها، ولم يذكر القيمة، ليس له أن يرجع عليها؛ لأنها فعلت بإذن الزوج من غير شرط القيمة، وإن اتفقا على أنه بعث إليها لتذبح، وتطعم من اجتمع عندها ليرجع بالقيمة عليها، كان له أن يطالبها بالقيمة؛ لاتفاقهما على شرط القيمة، وإن اختلفا في ذلك، فالقول قول أمّ الميتة؛ لأنّ حاصل اختلافهما في شرط الضمان، وأم الميتة تنكر ذلك.

---

(١) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

الفصل الثاني والعشرون في بيان ما للزوج أن يفعل وما ليس له أن يفعل وفي بيان ما للمرأة أن تفعل وما ليس لها أن تفعل

٤١٣٨- ذكر الخصّاف في "أدب القاضي" في باب نفقة المرأة، وفي "كتاب النفقات": إذا منع الرجل أمّ المرأة وأباها أو واحدًا من أهلها من الدخول عليها في منزله، فله كذلك. وكذلك إذا منعها عن الخروج إلى بيت الأبوين فله ذلك، ولكن لا يمنعهم من النظر إليها، وتعاهدها، والتكلم معها، فيقومون على باب الدار، والمرأة داخلة الدار، وهذا في حق الأبوين، وكل ذي رحم محرم، ومن لا يتهمه الزوج. أما إذا لم يكن محرمًا، أو يتهمه الزوج، كان له أن يمنعه من النظر إليها، وكذلك إذا كان لها ولد من غيره، ليس له أن يمنع بعضهم من أن ينظر إلى بعض.

٤١٣٩- وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنّ الزوج لا يملك أن يمنع الأبوين من الدخول عليها للزيارة في كل شهر مرّتين، وإنما يمنعهما من الكينونة. وفي "فتاوى أبي الليث" عن الفقيه أبي بكر الإسكاف: أنّ الزوج لا يمنع الأبوين عن الدخول عليها للزيارة في كل جمعة، وإنما يمنعهما عن الكينونة، وعليه الفتوى. وأما غير الأبوين من المحارم، فقد ذكر الخصّاف أيضًا في هذين الموضعين، أنه يمنعهم من الدخول عليها، ولا يمنعهم من النظر إليها، وقال مشايخ بلخ: لا يمنعهم عن الزيارة في كل سنة، وعليه الفتوى.

٤١٤٠- وأما إذا أرادت المرأة أن تخرج إلى زيارة المحارم، نحو الخالة، والعمّة، وإلى زيارة الأبوين، فهو على هذا يعني لا يمنعها عن زيارة الأبوين في كل جمعة، وعن زيارة سائر المحارم في كل سنة. وكان القاضي الإمام ركن الإسلام على السغدي رحمه الله تعالى يقول: لا تخرج إلى زيارة الأبوين، ولكن الأبوان يحضران منزلها بحضرة الزوج في كل شهر أو شهرين مرّة.

٤١٤١- وفي "نوادر فضل بن عاصم"، عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنها لاتخرج إلى زيارة المحارم والأبوين إذا كانا يقدران على إتيانها، وإن كانا لا يقدران على إتيانها أذن لها في زيارتهما في شهرين ونحوه مرّة. وذكر هذه المسألة في النوادر في موضع آخر فقال: تذهب إلى الأبوين للعيادة إن مرضًا، أو مرض أحدهما، ولا يمنعها الزوج عن العيادة، أما غير هذا

فلما ذكر فى "فتاوى أبى الليث" : أنّ [للزوج][1] أن يضرب امرأته على أربع خصال، وما هو فى معنى الأربع : أحدها على ترك الزينة لزوجها والزوج يريدها، والثانية على ترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه، والثالثة على ترك الصلاة وترك الغسل، والرابعة على الخروج من المنزل. وفى "كتاب العلل" : ليس للزوج أن يضرب امرأته على ترك الصلاة [وليس للأب أن يضرب ولده على ترك الصلاة][2] فى رواية، وفى رواية له ذلك، ولو ضرب الزوج الزوجة؛ لترك مطاوعته فى الفراش فهلكت، يضمن، وكذلك الأب إذا ضرب ولده للتأديب.

٤١٤٢- وفى "كتاب الجرح" لأبى يوسف رحمه الله تعالى : وللرجل أن يأمر جاريته الكتابية بالغسل عن الجنابة، ويجبرها على ذلك، والمرأة الكتابيّة تكون تحت مسلم على هذا القياس. قيل : وشتم الزوج فى معنى الأربع.

٤١٤٣- إذا أراد أن يطلق امرأته بغير ذنب منها، يسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يعطيها مهرها، ونفقة عدّتها، ويطلّقها؛ لما روى عن الحسن بن علىّ رضى الله تعالى عنهما : أنه كان كثير النكاح كثير الطلاق، فقيل له فى ذلك : فقال : إنى أحب الغِنى، والله تعالى جمع الغنى فى هذين، قال الله تعالى : ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾[3]، وقال الله تعالى : ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلًّا مِّنْ سَعَتِهِ﴾[4].

٤١٤٤- فى "العيون" : رجل له امرأة لا تصلى، يطلّقها؛ حتى لا يصحب امرأة لاتصلى، وإن لم يكن له ما يعطى مهرها، فالأولى أن يطلّقها، قال أبو حفص البخارى : إن ألقى[5] الله تعالى، ومهرها فى عنقى، أحبّ إلىّ من أن أطأها، وهى لا تصلى.

٤١٤٥- وذكر شيخ الإسلام الإمام أبو حفص السفكردرى فى "فوائده" : أنه لاينبغى للرجل الحنفى أن يزوّج ابنته من شفعوى المذهب، وعن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى : أنه يجوز لنا أن نتزوّج بناتهم، ولا يجوز لنا أن نزوّج بناتنا منهم. وعن الشيخ الإمام الكبير الجليل أبى بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى أنّ من قال : أنا مؤمن -إن شاء الله- أنه يكفر فى الحال، فعلى هذا القياس لايجوز المناكحة بيننا وبينهم أصلا.

---

(١) هكذا فى باقى النسخ التى اعتمدنا عليها، وكان فى الأصل : للرجل.

(٢) أثبت من "ب" و "ف" و "ظ".

(٣) النور : ٣٢.

(٤) النساء : ١٣٠.

(٥) وفى "ف" و "ب" : إن لقى.

٤١٤٦- إذا عزل عن امرأته بغير إذنها لما يخاف من سوء الزمان، فظاهر الجواب أنه لايسعه ذلك. وفي "فتاوى أهل سمرقندى": أنّ له ذلك. وفيه أيضًا: إذا منع الرجل امرأته عن الغزل فله ذلك.

٤١٤٧- وفي "مجموع النوازل": وللرجل أن يأذن امرأته بالخروج إلى سبعة مواضع:
أحدها: إلى زيارة الأبوين وعيادتهما، أو أحدهما، وتعزيتهما، أو تعزية أحدهما.
والثانية: زيارة الأقرباء.
والثالثة: إذا كانت قابلة.
والرابعة: إذا كانت غسالة.
والخامسة: إذا كان لها على آخر حق.
والسادسة: إذا كان للآخر عليها حق، وفي هذه الصورة يجوز لها أن تخرج بغير إذن الزوج.

والسابعة: الحج، ولا يجوز له أن يأذن لها فيما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعيادتهم، والوليمة وأشباهها، ولو أذن وخرجت، كانا عاصيين.

٤١٤٨- وإذا أرادت [أن تخرج][1] إلى مجالس العلم لنازلة وقعت لها، فإنّ الزوج يسأل عن العالم، ويخبرها بذلك، وليس لها أن تخرج، وإن امتنع عن السؤال، فلها أن تخرج. وإن لم تقع لها نازلة فأرادت أن تخرج إلى مجلس العلم؛ لتتعلّم بعض مسائل الصلاة والوضوء، فإن كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر عندها، له أن يمنعها من الخروج، وإن كان لا يحفظ ولا يذكر عندها، فالأولى أن يأذن لها بالخروج أحيانًا، وإن لم يأذن فلا شيء عليه، ولا يسعها الخروج[2] ما لم تقع لها نازلة.

٤١٤٩- في "فتاوى أبي الليث" في هذا الموضع: امرأة لها أب زمِن ليس له من يقوم عليه غير البنت، ويمنعها الزوج من تعاهده، جاز لها أن تعصى زوجها، وتطيع أباها مؤمنًا كان أو كافرًا؛ لأنّ القيام عليه فرض عليها في هذه الحالة، وحق الزوج لا يشتهر[3] في الفرائض.

٤١٥٠- المنكوحة أو المعتدة إذا امتنعت من الطبخ أو الخبز، إن كان بها علّة لاتقدر على الطبخ أو الخبز، أو كانت من بنات الأشراف، لا تجبر عليه وعلى الزوج أن يأتيها بمن

(١) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

(٢) وفي "ب" و"ف" و"ظ": ولا يسعها أن تخرج ما لم تقع لها نازلة.

(٣) كذا في الأصل، وفي "ظ": لا يظهر.

يطبخ ويخبز . وإن كانت ممن لا تقدر على ذلك ، وهى من جملة من تخدم نفسها [يجب عليها][١] ؛ لأنها متعنّتة ، لأنّ النبى عليه الصلاة والسلام جعل خدمة داخل البيت على فاطمة رضى الله تعالى عنها ، وخدمة خارج البيت على علىّ رضى الله تعالى عنه . وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى : أنها لا تجبر أصلا ، ولكن لا يعطيها الإدام حينئذٍ ، وهو الصحيح .

٤١٥١- وفى "المنتقى" : عن عيسى عن محمد رحمه الله تعالى : ليس للرجل أن يستخدم امرأته الحرّة، وفيه إبراهيم عن محمد : للمرأة أن لا تخبز لزوجها ، ولاتطبخ له ، والزوج بالخيار إن شاء أعطاها خبزًا ، وإن شاء أعطاها دقيقًا .

٤١٥٢- وإذا كان للرجل والدة ، أو أخت ، أو ولد من امرأة أخرى ، أو إنسان ذورحم محرم من الزوج ، وكانت المرأة نازلة معهم فى منزل واحد ، فقالت المرأة للزوج : أنا لا أنزل مع أحد من هؤلاء ، فصيِّرنى فى منزلى على حدة ، فالمسألة على وجهين : إن كان فى الدار بيوت ، أعطى لها بيتًا يغلق عليه ويفتح ، لم يكن لها أن تطالبه بمنزل آخر ، وإن لم يكن فى الدار بيوت ، ولم يكن إلا بيت واحد ، فلها أن تطالبه بمنزل آخر ؛ لوجهين : أحدهما : أنها تخاف على أمتعتها ، والثانى : أنه يكره المجامعة ومعها فى البيت غيرها .

٤١٥٣- وذكر الخصّاف المسألة فى "أدب القاضى" فى باب نفقة المرأة : وإن كان للرجل أمَة ، فقالت المرأة : أنا لا أسكن مع أمَتكَ ، وأريد بيتًا على حدة ، قيل : ليس لها ذلك ؛ لأنّ جارية الرجل بمنزلة متاعه ، وإنه يشكل على المعنيين جميعًا ، أما على المعنى الأول : فظاهر ، وأما على المعنى الثانى : فلأنه تكره المجامعة بين يدى أمَة الرجل ، هذا قول محمد رحمه الله تعالى ، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى .

٤١٥٤- إذا شكت المرأة للقاضى أنّ الزوج يضربها ، وطلبت من القاضى أن يأمره حتى يسكنها بين قوم صالحين ، فإن علم القاضى أنّ الأمر كما قالت ، زجره عن ذلك ومنعه من التعدّى عليها [وإن لم يعلم][٢] ، فإن كان جيران هذه الدار [قومًا][٣] صالحين ، أقرّها هناك ويسأل عنهم ، فإن ذكروا منه مثل ما ذكرت زجره [عن ذلك ، ومنعه عن التعدى عليها][٤] ، وإن ذكروا أنه لايؤذيها تركها ، وإن لم يكن فى جواره من يوثق به ، أو كانوا يميلون إليه أمره أن يسكنها بين قوم صالحين ، ويسأل عنهم ، ويبنى الأمر على هذا أيضًا فى هذا الباب .

---

(١) أثبت من "ب" و "ف" و "ظ" .

(٢) أثبت من "ب" و "ف" و "ظ" .

(٣) هكذا فى النسخ التى عندنا ، وكان فى الأصل : بين قوم صالحين .

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الفصل الثالث والعشرون فى العنين والمجبوب والخصى

٤١٥٥- وإذا وجدت المرأة زوجها عنينًا، فلها الخيار إن شاءت، أقامت معه كذلك، وإن شاءت خاصمته إذا وجدت عند القاضى، وطلبت الفرقة. فإن خاصمته، فالقاضى يؤجله سنة، وتعتبر السنة بالأيام عند أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى، وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى، وعليه الفتوى، ولا يكون التأجيل إلا عند سلطان يجوز قضاءه، وابتداء التأجيل من وقت المخاصمة، فإذا مضت سنة من وقت التأجيل، وادّعى الزوج أنه وصل إليها، فإن كانت ثيّبًا، فالقول قول الزوج مع يمينه، وإن كانت بكرًا أراها القاضى النساء، والواحدة تكفى، والمثنى أحوط، فإن قلن: إنها ثيّب، ثبت ثيابتها، أما [إذا][1] لم يثبت وصوله إليها، فيكون القول فى ذلك قول الزوج مع يمينه.

٤١٥٦- وإن قلن: هى بِكر، يخيّرها القاضى، فإن اختارت زوجها، أو قامت عن مجلسها، أو أقامها أعوان القاضى، وأقام القاضى قبل أن تختار شيئًا، بطل خيارها، وإن اختارت الفرقة أمر القاضى زوجها أن يطلّقها، فإن أبى فرّق القاضى بينهما، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل".

٤١٥٧- وذكر فى "المنتقى": هشام عن محمد: فى العنين إذا مضى سنة، خيّر القاضى امرأته، وصار كأنّ الزوج خيّرها، فإن اختارت نفسها بانت منه، فعلى هذه الرواية لم يشترط قضاء القاضى لوقوع الفرقة، وإنها تخالف رواية "الأصل".

وفى "المنتقى" أيضًا: بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: خيار امرأة العنين، إذا تمّ الأجل وخيّرها القاضى بمنزلة خيار الزوج، ذكره مطلقًا ولم يفسِّره. قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله تعالى: تأويله عندى فى القيام عن المجلس قبل أن تختار شيئًا، ثم رضاها بالمقام معه عند السلطان أو غيره يسقط حقها، واختيارها نفسها لا يكون إلا عند السلطان.

ثم إذا فرّق القاضى بينهما على ما هو المذكور فى "الأصل" كانت هذه تطليقة بائنة؛ لأنّ حكم الرجعة مخلص بعدّة بعد الدخول حقيقة، ولها المهر كاملا، وعليها العدّة.

٤١٥٨- ولو خاصمته وهو محرم، أجّله سنة بعد الإحرام، ولو خاصمته وهو مظاهر، فإن كان يقدر على العتق، أجّله سنة من حين الخصومة، وإن كان لا يقدر على العتق أمهله

---

(١) هكذا فى "ف" و "ب"، وفى "ظ": لو.

شهرين؛ لأجل التكفير، ويؤجله سنة بعد الشهرين، ولو ظاهر بعد ما أجّل، لم يرد على المدّة شيء؛ لأنه كان متمكّنًا من أن لا يظاهر منها، بخلاف ما إذا خاصمته وهو مظاهر، وإن كان يصل إلى غيرها من نساءه أو جواريه، يؤجل فى حق هذه، وإذا وصل إليها بأمره بطل خيارها، وسقط حقها فى التفريق.

٤١٥٩- وإذا وجدت زوجها عنينًا، وأخرّت المرافعة إلى القاضى، لا يسقط حقها ما لم تقل رضيت بالمقام معه، وكذلك إذا أخرّت الخصومة بعد ما مضى الأجل، لايبطل حقها فى الخصومة ما لم تقل رضيت. وكذلك لو أقامت معه مطاوعة فى المضاجعة وغيرها، لم يكن هذا رضا [حتى][1] تقول: رضيت.

٤١٦٠- وإذا أجّل العنين، فأيام الحيض وشهر رمضان يحتسب عليه، ولا يجعل له بدل. ولو مرض أحدهما مرضًا لا يستطيع الجماع معه، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه، ولايجعل له بدل، وإن كان أكثر من نصف شهر لايحتسب عليه، ويجعل له بدل، هكذا روى ابن سماعة فى "نوادره" عن محمد رحمه الله تعالى.

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى روايتان، فى رواية كما قال محمد، وفى رواية ما لم يمرض سنة [لا يعوَّض][2] مكانه.

٤١٦١- وفى "المنتقى": جعل غيبة أحدهما، وحبسه بمنزلة المرض، ولو حجّت لايحتسب على الرجل مدة خروجها، ولو حجّ هو احتسب عليه، هكذا روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى.

٤١٦٢- ولو تزوّجها ووصل إليها، ثم عنّ ففارقته، ثم تزوّجها، ولم يصل إليها، فلها الخيار.

٤١٦٣- ولو كانت المرأة رتقاءً، والزوج عِنِّين، فلا خيار لها، هذا إذا وجدت زوجها عنّينًا، وإن وجدت زوجها مجبوبًا، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا وجدت زوجها عنينًا إلا فى خصلة، أنّ المجبوب لا يؤجل؛ لأنه لا فائدة فيه بخلاف العنين.

٤١٦٤- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": امرأة الصبى إذا وجدت الصبى مجبوبًا، فالقاضى يفرّق بينهما بخصومتها فى الحال، ولا ينتظر بلوغ الصبى، بخلاف ما إذا وجدت المرأة الصبى عنينًا لا يصل إليها، فإنّ القاضى لا يفرّق بينهما بخصومتها فى الحال، بل

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) هكذا فى "ظ"، وكان فى "ف": لا يقوم، وكان فى الأصل: لا يعرض.

ينتظر بلوغ الصبى.

والفرق: أنّ الصبى إذا كان عنينًا [لم يتيقّن][(1)] بسبب الفرقة؛ لأنّ الصبى يفقد الشهوة، فلعلّ عجز الصبى عن الوطء بسبب الصبا، لا بسبب العُنَّة، فلم يتيقّن بسبب التفريق وهو العنة، وإن كان مجبوبًا فقد [تيقّن][(2)] بسبب الفرقة وهو الجُبُّ، وهو نظير المريض إذا تزوّج فوجدته المرأة لا يقدر على جماعها، فرافعته إلى القاضى، فالقاضى لا يفرّق بينهما للحال، بل ينتظر برءه، وبمثله لو وجدته مجبوبًا يفرّق بينهما للحال.

فإن قيل: يجب أن ينتظر بلوغ الصبى فى الجُبِّ؛ لأنّ الفرقة بالجُبِّ، فرقة بطلاق كالفرقة بسبب العُنَّة، والصبى ليس من أهل الطلاق، فكذا الفرقة بالجُبِّ إذا كان الزوج من أهل الطلاق، فرقة بطلاق، وإذا لم يكن الزوج من أهل الطلاق بأن كان صبيا فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: هى فرقة بغير طلاق، نظير الفرقة بخيار البلوغ؛ وهذا لأنّ هذه الفرقة لحق المرأة، وحق المرأة فى نفس الفرقة، لا فى الطلاق.

وبعضهم قالوا: هى فرقة بطلاق؛ لأنّ سبب الفرقة قد تحقّق وهو الجُبُّ، والطلاق هو المتعيّن للفرقة شرعًا، فإذا استحقت الفرقة استحقت بما تعين له شرعًا، ولا حاجة فى الإيقاع إلى عبارة الصبى؛ لأنّ القاضى هو الذى يوقعه، فصار الصبى فى هذا كالبالغ، وصار كالصبى إذا ملك قريبه يعتق عليه، وإن لم يكن الصبى من أصل العتق؛ لأنه تحقق سببه وهو تملُّك القريب، ولا يحتاج فيه إلى عبارة الصبى، فصار هو فى حق عتق القريب كالبالغ، كذا ههنا إلا أنّ القاضى لايفرّق بين الصبى وامرأته، ما لم يكن عنه خصم حاضر؛ لأنّ القضاء على الغائب لا يجوز، والصغير وإن كان حاضراً حقيقة، فهو غائب حكمًا؛ لكونه عاجزاً عن الخصومة بنفسه.

٤١٦٥- فإن كان للصغير أب، أو وصى أب كان خصمًا فى حق الصغير فى ذلك، كما كان خصمًا فى جميع مال الصغير وعليه، فإن لم يكن له أب ولا وصىّ أب، فالجد أو وصيّه خصمه فيه. فإن لم يكن له جدّ ولا وصيه، فالقاضى ينصب عنه خصمًا، فإذا جاء الخصم بحجّة بطل حق المرأة من بيّنة يقيمها على رضاها بهذا العيب، أو علمها بهذا العيب وقت النكاح لم يفرّق بينهما، وإن لم يكن للخصم بيّنة على ذلك، وطلب يمين المرأة تحلف المرأة؛ لأنه يدّعى عليها معنى لو أقرّت به يلزمها، فإن نكلت لم يفرّق بينهما، وإن حلفت فرّق بينهما.

(١) هكذا فى "ب" و"ف"، وكان فى الأصل: لم ينتظر.

(٢) هكذا فى "ب" و"ف"، وكان فى الأصل: يفتى.

٤١٦٦- ولو كانت المرأة صغيرة زوّجها أبوها فوجد زوجها مجبوبًا، لا يفرّق بينهما بخصومة الأب حتى تبلغ، علّل محمد رحمه الله تعالى في الكتاب فقال: لأني لا أدرى لعلها سترضى بزوجها إذا بلغت، وفرّق بين هذه المسألة وبين ما إذا ورث الصغير عبدًا قد اشتراه مورثه، واطّلع الصبى على عيب بالعبد[1] قد كان عند بائع مورثه، كان للولى أن يخاصم البائع فى العيب، ولا ينتظر بلوغه.

٤١٦٧- ولو كانت المرأة بالغة والمسألة بحالها، فوكّلت المرأة رجلا بالخصومة مع زوجها وغابت، هل يفرّق بينهما بخصومة الوكيل؟ لم يذكر محمد هذا الفصل فى الكتاب، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: لا يفرّق بل ينتظر حضورها، ألا ترى أنه لا يفرّق بخصومة الأب إذا كانت الابنة صغيرة، وبعضهم قالوا: يفرّق بينهما. وفرّق بين الصورتين، والفرق: أنّ المرأة إذا كانت بالغة غائبة، فلو أخّرنا التفريق إلى أن تحضر، وليس لحضرتها من الغيب وقت معلوم، كان فى هذا التأخير إبطال لحقها فى التفريق، فيفرّق بخصومة الوكيل؛ لصيانة حقها، وأما إذا كانت صغيرة، فليس فى تأخير الفرقة إلى أن تبلغ إبطال حقها فى التفريق؛ لأن لبلوغها غاية معلومة، والرضا بعد البلوغ موهوم، فوجب، فإذا وجب التأخير لم يكن فى إقامة الأب مقامها فى استيفاء هذا الحق قبل البلوغ، كما لو كان هذا دين مؤجل على إنسان، لا يقوم الأب مقامها فى استيفاء ذلك قبل الأجل، ولو كان استيفاء الدَّين مما يجرى فيه النيابة.

٤١٦٨- وإن وجدت زوجها خصيًّا، فإن كان بحال تنتشر آلته وتصل إلى المرأة [لا خيار لها، وإن كان لا تنتشر آلته ولا تصل إلى المرأة][2]، فالجواب فيه كالجواب فى العنين، ولو تزوّجت وهى تعلم بحاله، فلا خيار لها، ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال فى المجبوب: لا خيار لها، وفى الخصى والعنين: لها الخيار؛ لأنها [طمعت][3] حالة العقد أن يزول العذر، ويصل إلى حقها.

وقال مشايخ العراق: وإن كان عِنّينًا يتقاول الناس بعنِته، ولم يقض القاضى بعنَّته مرة، لها الخيار، وإن كان عنينًا قضى القاضى بعنَّته مرة، لا خيار لها.

٤١٦٩- وإذا فرّق القاضى بين العنين وبين امرأته، فجاءت بولد ما بينها وبين سنتين،

---

(١) وفى "ب" و"ف": واطلع الولى على عيب بالعين.

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

(٣) هكذا فى "ب" و"ف" و"ظ"، وكان فى الأصل: ظنت.

لزمه الولد؛ لأنّ النسب ثبت حقّا للصبى، فإذا ادّعى الزوج الوصول إليها فقال: كنت وصلت إليها، أبطل الحاكم الفرقة، كذا روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى؛ لأنّ بيان السبب دليل على الدخول، لأنه هو الموضوع له بقضية الأصل، ولو شهد شاهدان على الدخول، أليس أنه يبطل الفرقة، كذا ههنا.

٤١٧٠- وإن كان الزوج مجبوبًا، ففرّق القاضى بينهما، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الفرقة، لزمه الولد، خلا بها أو لم يخل بها، وهذا عند أبى يوسف رحمه الله تعالى، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لزمه إلى سنتين إذا خلا بها، والفرقة ماضية بلا خلاف.

٤١٧١- وإن كان الزوج مجبوبًا، وهى لم تعلم بحاله، فجاءت بولد فادّعاه، وأثبت القاضى نسبه، ثم علمت بحاله وطلبت الفرقة، فلها ذلك، قال: لأنّ الولد لزمه بغير جماع، ولو أقام الزوج بيّنة قبل الفرقة، على إقرارها [أنه وصل إليها بطلت الفرقة، ولو أقرّت هى بعد الفرقة أنه قد كان وصل إليها][1] قبل الفرقة، لاتبطل الفرقة.

٤١٧٢- وإذا كان زوج الأمَة عِنّينًا، فالخيار إلى المولى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد وزفر رحمهما الله تعالى: الخيار لها.

٤١٧٣- وقال محمد: وللمرأة الخيار فى الجنون، والجذام، وكل عيب لا يمكنه القيام معه إلا بضرر، ألا ترى أنه ثبت لها الخيار فى الجُبِّ والعُنَّة، وإنما يثبت دفعًا للضرر عنها، وفرق بين جانب الرجل وبين جانب المرأة [من حيث إنّ الرجل متمكّن من الضرر عن نفسه بالطلاق؛ لأنّ الطلاق فى يده بخلاف المرأة، وهما سويا بين جانب الرجل وبين جانب المرأة][2]، فيما سِوى الجُبِّ والعُنّة، -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

---

(١) أثبت من "ف" و "ظ".

(٢) أثبت من "ب" و "ف".

الفصل الرابع والعشرون
في بيان حكم الولد عند افتراق الزوجين

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه:

٤١٧٤- قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": إذا كان للرجل ولد صغير، وقد فارق أمّه، فالأم أحق بالولد من الأب إلى أن يستغنى عنها، فإذا استغنى عنها فالأب أحق، وهذا الاستغناء في الغلام أن يأكل وحده، ويشرب وحده في غير رواية الأصل، ويتوضأ وحده -يريد به الاستنجاء- ولم يقدّر محمد رحمه الله تعالى في ذلك تقديراً من حيث السنّة[1].

٤١٧٥- وذكر الخصّاف في كتاب النفقات: أنّ الأم أحق بالغلام ما لم يبلغ سبع سنين أو ثمان سنين، وذكر الفقيه أبو بكر الرازي: أنّ الأم أحق به إلى تسع سنين، وأما في الجارية فحدّ الاستغناء أن تحيض أو تبلغ مبلغ النساء بالسن، فبعد ذلك الأب أولى بها. وروى هشام عن محمد رحمه الله تعالى: أنّ الأم أولى بها إلى أن تبلغ حدّ الشهوة، وإن وقع الاختلاف بين الأم والأب، فقالت الأم: هو ابن ست سنين، وأنا أحق بإمساكه، وقال الأب: هو ابن سبع سنين، وأنا أحق به، ينظر إلى الصبي إن استغنى بأن كان يأكل، ويشرب، ويلبس، ويستنجي وحده، دفع إلى الأب، وإلا فلا؛ لأنا إنما اعتبرنا سبع سنين بطريق القيام مع[2] الاستغناء، فإذا وقع الاختلاف في [السن][3]، يجب تحكيم[4] الاستغناء.

٤١٧٦- فإن تركت الأم الولد على الأب، هل تجبر الأم على حضانته وتربيته؟ لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة في "الأصل"، وذكر شيخ الإسلام في "شرحه": أنها

---

(١) وفي "ف": السن.

(٢) وفي "ب" و"ف": مقام مكان مع.

(٣) هكذا في باقي النسخ التي اعتمدنا عليها، وكان في الأصل: أمر.

(٤) وفي "م": يجب بحكم الاستغناء.

لا تجبر إلا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم، فحينئذٍ تجبر كيلا يفوت حق الولد. وذكر البقالي في فتاواه مطلقًا أنها لا تجبر، قال: وقد قيل خلافه.

٤١٧٧- في "فتاوى أبي الليث": سئل أبو بكر الإسكاف: عن خالة الصغيرين لا زوج (لها) قالت: لا آخذهما، ولا أمنعهما عن الكون معي في منزلي، فلها ذلك، فإن قالت: لا أدعهما حتى يكونا في منزلي، فإنها تجبر على أن يكونا معها في المنزل حتى يستغنيا.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: عليها أن تتعاهدهما كما لو كانت تقدر على النفقة، وهما محتاجان إلى النفقة تجبر على نفقتهما، وكذا إذا كانا محتاجين إلى التعهّد.

٤١٧٨- فإن ماتت الأم، فأم الأم أولى بحضانة الولد وتعهّده، وذكر البقالي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنّ أم الأب أولى من أم الأم، وبعد أم الأب الحضانة إلى الأخوات، أولاهنّ الأخت لأب وأم، وبعدها الأخت لأم، وبعدها الأخت لأب، وبعدها قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: اختلفت الروايات، ذكر في بعضها بنت الأخت لأب وأم، ثم بنت الأخت لأم، ثم الخالة [ثم بنات الخالة][1]، ثم الأخت لأب، وذكر في بعضها الأخت لأب بعد الأخت لأم، ثم بنات الأخوات، ثم الخالات وبناتهنّ، ثم العمّات.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: أنّ بعد الأخت لأم[2] اختلاف الروايات في تقديم الخالات على الأخت لأب، قال في كتاب النكاح: الأخت لأب أولى، وقال في كتاب الطلاق: الخالة أولى، فعلى رواية كتاب النكاح اعتبر القرب، والأخت لأب أقرب، وعلى رواية كتاب الطلاق اعتبر المدلى به، فقال: الأخت لأب تدلي بالأب، والخالة تدلي بالأم، والأم في الحضانة مقدمة على الأب، فمن يدلي بالأم يكون أولى ممن يدلي بالأب.

٤١٧٩- قال شمس الأئمة: وبعد الأخوات بناتهنّ، وبعدهنّ الخالات، وبعدهنّ بنات الأخ، وبعدهنّ العمات، والتي لأم في هذه [القرابات أولى من التي لأب والخالات، وبعدهنّ بناتها أولى][3] من العمة، فأما بنات العم، والخال، والعمة، والخالة، فلا حق لهنّ في الحضانة، هكذا ذكر القدوري، وذكر البقالي في "الفتاوى": وروى أنّ أولاد العمات والخالات بمنزلتهن، والظاهر خلافه.

---

(١) أثبت من "ف" و"م" و"ب".

(٢) وفي "ب": الأخت لأب.

(٣) هكذا في "م"، وفي "ب" و"ف": أولى مثل العمة، وكان في الأصل و"ظ": القرابة أولى من التي لأب، والخالة التي لأب أولى.

٤١٨٠- قال : ويستوى فى حق الحضانة المسلمة والكتابية ، قال الفقيه أبو بكر الرازى : إذا كانت الأم كافرة تعقّل الولد ، فإنه يؤخذ منها جارية كان أو غلامًا ؛ لأنه مسلم بإسلام الأب ، وإنما تعلّمها الكفر فلا يؤمن الفتنة إذا ترك عندها .

٤١٨١- ومن تزوّجت من هؤلاء بزوج ، فإن كان الزوج أجنبيًا ، سقط حقها فى الحضانة ، وإن كان ذا رحم محرم من الصغير ، لم يسقط حقها فى الحضانة ، كالأم إذا تزوّجت بعمّ الصغير ، وكالجدّة إذا تزوّجت بجدّ الصغير .

٤١٨٢- قال : ومن تزوّجت بأجنبىّ ثم بانت من زوجها ، عاد حقها فى الحضانة ، وتصدّق المرأة أنها لم تزوّج ، أو أنها بانت إذا لم تقرّ بزوج بعينه . وإذا اجتمعت النساء ولهن أزواج أجانب ، يضعه القاضى حيث يشاء .

٤١٨٣- ولا حق للأمَة [ولأم الولد][1] فى حضانة الولد الحرّ ، يريد به إذا طلّقها ، وكذا المكاتبة إذا طلّقها زوجها ، ويكون الولد عند مولى الأم ، ولكن لا يفرق بين الولد وبين الأم على ما عرف فى موضعه . وإذا أعتق الرجل أم ولده ، أو مات عنها زوجها ، فهى كالحرة فى حق الحضانة .

٤١٨٤- ولا حق للمرتدّة فى الولد ، وليس لمن سوى الجدّتين ، والأم حق فى الولد إذا أكل ، أو شرب ، أو لبس وحده ، جارية كانت أو غلامًا .

٤١٨٥- وإذا بلغ الولد عند واحدة منهنّ هذا المبلغ ، أو بلغ عند الأم والجدّتين ما قلنا ، فالأب أحق بالولد ، ثم بعده الجدّ أب الأب يعتبر الأقرب ، فالأقرب من العصبات .

٤١٨٦- ولا حق لابن العم فى حضانة الجارية ؛ لأنه ليس بمحرم منها ، ويحل له نكاحها ، فلا يؤتمن عليه ، وكذلك كل ذى رحم محرم منها ، إذا كان لا يؤمن عليها لفسقه ومجانته ، فلا حق له فيها ، وإن لم يكن للجارية من العصبات إلا ابن العم ، اختار لها القاضى أفضل المواضع ؛ لأنّ الولاية إليه ، هكذا ذكره القدورى .

٤١٨٧- وذكر فى "الأصل" : إذا لم يكن للجارية ولد ، وأخوها أو عمّها مخوّف عليها ، فالقاضى لم يحل بينه وبينها ، ولكن يجعل معها امرأة ثقة ، قال محمد رحمه الله تعالى : وإنما يثبت الحق للعصبات فى هذه الصورة إذا كانوا على دين الولد .

قال محمد : كل ذكر من قبل النساء كالأخ من الأم ، والخال ، وأب الأم ، فلا حق لهم فى الولد . وعنه أيضًا : أنه يثبت الحق حتى قال : إذا كان لها ابن عم وخال ، فالخال أولى ،

---

(١) أثبت من "ب" .

وأب الأم أولى من الخال، والأخ لأم.

٤١٨٨- وإذا اجتمع إخوة فى درجة واحدة بأن كان الكل لأب وأم، أو لأب، فأيهم أكثر صلاحًا أولى، وإن استووا فى الصلاح، فأكبرهم سنّا أولى.

نوع منه:

٤١٨٩- إذا بلغ الولد رشدًا، فله أن ينفرد بالسكنى، وليس للأب أن يضمّه إلى نفسه إلا أن يكون مخوفًا مفسدًا، وأما الجارية إذا بلغت، فإن كانت ثيّبًا، فليس للأولياء حق الضمّ إلى أنفسهم، ولها أن تنزل حيث شاءت، إلا أن يخاف عليها الفساد، فحينئذٍ للأولياء حق الضمّ إلى أنفسهم.

٤١٩٠- وإن [كانت بكرًا، فللأولياء حق الضم وإن كان][1] لا يخاف عليها الفساد إذا كانت حديثة السن، فأما إذا دخلت فى السنّ واجتمع لها رأيها [وعقلها][2]، فليس للأولياء حق الضم، ولها أن تنزل حيث أحبّت، حيث لا يتخوّف عليها. وإذا بلغت الجارية وهى ممن يخاف عليها الفساد، وليس لها والد، وأخوها أو عمّها مخوف عليها، فالقاضى لم يحل بينه وبينها، بل يضع عندها امرأة ثقة -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

نوع منه:

٤١٩١- إذا وقعت الفرقة بين الرجل وبين امرأته، فأرادت أن تخرج بالولد عند انقضاء عدّتها إلى مصرها، فإن كان النكاح وقع فى مصرها، فلها ذلك، وإن كان النكاح وقع فى غير مصرها فليس لها ذلك، إلا أن يكون بين موضع الفرقة وبين مصرها قرب، بحيث لو خرج الأب لمطالعة الولد يمكنه الرجوع إلى منزله قبل الليل، فحينئذٍ هذا بمنزلة محال مختلفة فى مصر، ولها أن تتحوّل من محلة إلى محلة، وذكر فى البرامكة: أنّ لها أن تخرج بالولد إلى بلدها من غير تفصيل، وهكذا ذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى "شرحه"، ولو أرادت أن تنقله حيث وقع النكاح، وليس ذلك ببلدها، فليس لها ذلك فى رواية "الأصل".

٤١٩٢- وذكر فى "الجامع الصغير": أنّ المعتبر مكان النكاح [ولو أرادت أن تُنقل إلى بلد ليس ببلدها، ولم يقع فيه النكاح، فليس لها ذلك، إلا إذا كان بين البلدتين قرب على

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) هكذا فى "ف" و "ظ"، وكان فى الأصل: عفتها.

التفصيل الذى قلنا. وإن كان النكاح][1] فى رستاق لها قرى متفرّقة، فأرادت أن تنقله إلى قريتها، فإن كان النكاح فى قريتها فلها ذلك، وإن لم يكن النكاح فى قريتها، فليس لها ذلك، إلا أن تكون القرى قريبة بعضها من بعض على التفسير الذى قلنا، وعلى رواية البرامكة على قياس البلدتين: يجب أن يكون لها ذلك من غير تفصيل. وإن أرادت أن تنقله من قرية إلى مصر جامع، وليس ذلك مصرها ولا وقع النكاح فيه، فليس لها ذلك، إلا أن تكون المصر قريبًا من القرية على[2] التفسير الذى قلنا، ولو أرادت أن تنقله من مصر جامع إلى قرية فليس لها ذلك، فإن كانت القرية قريبة إلا أن تكون قريتها، وقد كان أصل النكاح فيها، فحينئذٍ يكون لها ذلك.

٤١٩٣- وذكر البقالى: ولا تخرجه من مصر إلى قرية بحال، وليس لها أن تنقله إلى دار الحرب، وإن كان النكاح وقع ثمة. وذكر البقالى فى فتاواه: ولها أن تنقله [إلى بعض][3] نواحى المصر، وإن كان الأب لا يمكنه الرجوع من زيارته فى يومه إلى وطنه قبل الليل، وكذلك إن كان له جانبان.

٤١٩٤- وفى "المنتقى": ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل تزوّج امرأة بالبصرة، وولدت له ولدًا، ثم إن هذا الرجل أخرج ولده الصغير إلى الكوفة فطلّقها، فخاصمته فى ولدها، وأرادت ردّه عليها، قال: إن كان الزوج أخرجه بأمرها فليس عليه أن يردّها، ويقال له: اذهبى فخذيه، وإن كان أخرجه بغير أمرها، فعليه أن يجىء به إليها. وروى عنه: أنّ الرجل إذا خرج مع المرأة وولدها من البصرة إلى الكوفة، ثم ردّ المرأة إلى البصرة، ثم طلّقها، أنّ عليه أن يردّ ولدها، فيؤخذ بذلك لها -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى "ف": على التفصيل الذى قلنا، وإن كان النكاح فى رستاق لها قرب سفر، فأرادت أن تنقله من قربه إلى مصر جامع، وليس ذلك مصريًا، ولا وقع النكاح فيه، فليس لها ذلك، وإن كان القرية قريبة إلا أن تكون قريتها قريبة على التفسير الذى قلنا.

(٣) هكذا فى "ب" و"ف"، وكان فى الأصل و"ظ": فى نواحى المصر.

الفصل الخامس والعشرون
فى المسائل المتعلقة بنكاح المحلل وما يتصل به
ونكاح الفضولى فى الطلاق المضاف والحيل فى رفع اليمين فى الطلاق المضاف
ونحوه وقضاء القاضى فى العجز عن النفقة وأمثالها

٤١٩٥- فأما المسائل المتعلقة بالمحلل، ذكر فى "مجموع النوازل": المطلّقة ثلاثًا إذا زوّجت نفسها من غير كُفُؤ ودخل بها، حلّت للزوج الأول عند أبى حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى، وهذا الجواب عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى مستقيم على ظاهر الرواية. فأما على رواية الحسن عنه لا يستقيم؛ لأنّ [على][1] رواية الحسن عنه إذا زوّجت نفسها من غير كُفُؤ لا يجوز النكاح، ولا بدّ من صحة نكاح الزوج الثانى لتحل للزوج الأول. وجماع الصبى الذى يجامع مثله والمجنون يحلها للزوج الأول، وإذا كانت المطلّقة ثلاثًا صغيرة تجامع، فتزوّجها رجل ودخل بها حلت للزوج الأول.

٤١٩٦- ولو كان الزوج الثانى عبدًا، أو مدبرًا، أو مكاتبًا، زوّجوها بإذن المولى، ودخل بها حلت للزوج الأول؛ لأنه وُجد الدخول فى نكاح صحيح، وكذلك لو كان مسلولا[2] يجامع، ولو كان مجبوبًا لم تحل للزوج الأول، فإن حبلت وولدت، حلت للزوج الأول عند أبى يوسف رحمه الله تعالى، وقال زفر والحسن لا تحل للأول.

٤١٩٧- ولو كانت النصرانية تحت مسلم طلّقها ثلاثًا، فتزوّجت نصرانيّا ودخل بها، حلت للمسلم الذى طلّقها ثلاثًا؛ لأنه دخول فى نكاح صحيح.

٤١٩٨- وإذا طلّق الرجل امرأته ثلاثًا، فتزوّجت بزوج آخر، وطلّقها الزوج الثانى ثلاثًا قبل الدخول بها، ثم تزوّجت بثالث ودخل بها، حلت للزوجين الأولين، فأيهما تزوّجها صحّ.

٤١٩٩- ولو وطئها الزوج الثانى فى حيض، أو نفاس، أو إحرام حلت للزوج الأول؛

---

(١) وهكذا فى باقى النسخ التى اعتمدنا عليها

(٢) وفى الحجة: المسلول: الذى أخرجت خصيتاه.

لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام: «ويذوق عُسيلتك»[1].

٤٢٠٠- وفى "فتاوى النسفى": سئل عن الزوج المحلل إن كان عبدًا صغيرًا لإنسان زوّجت نفسها منه، وقبل عنه مولاه، ومثله يجامع، فدخل بها، فوهبه مولاه منها، حتى فسد النكاح واعتدّت، هل تحل للزوج الأول بالنكاح؟ قال: نعم، والأولى أن يكون حرًا بالغًا، فالجواب عن أصحابنا رحمهم الله تعالى منصوص عليه. وأما الأولوية إما فى اشتراط البلوغ؛ فلأن مالكًا يشترط الإنزال، وإما فى اشتراط الحريّة، فإنه روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنّ الحرّة إذا زوّجت نفسها من عبد لا يجوز؛ لعدم الكفاءة، فيتحرّز عن خلافهما. وذكر فى أول هذا الفصل أيضًا على رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: لو زوّجت نفسها من غير كُفُؤ لا تحل للزوج الأول، فيتحرّز عن هذه الرواية أيضًا.

٤٢٠١- وفى القدورى: إذا تزوّجت المطلّقة ثلاثًا بزوج، وكان من قصدهما التحليل، إلا أنهما لم يشترطا ذلك بقول حلت للزوج الأول [ولو شرطا الإحلال بالقول، وإنه تزوّجها لذلك، فالنكاح صحيح فى قول أبى حنيفة وزفر، وتحل للأول ولكن يكره[2] ذلك للأول وللتالى. وقال أبو يوسف: النكاح الثانى فاسد ولا تحل، وقال محمد رحمه الله: نكاح الثانى صحيح، ولا تحل للأول][3].

٤٢٠٢- وفى "الجامع الأصغر": وقال بعض أشياخنا رحمهم الله تعالى: إذا تزوّجها ليحللها على الأول، فهذا الثانى مأجور فى ذلك؛ لأنه نوى أن يصل الأول إلى الحلال بما هو مباح، وليس فيه إبطال حق على أحد، ولا إضرار بالغير، والمراد من قوله عليه الصلاة والسلام: «لعن الله المحلل والمحلل له»[4] أن يقول لغيره: أحللت لك ابنتى بكذا، وما أشبهه.

والحكم فى الأمَة المنكوحة بعد الثنتين نظير الحكم فى حق الحرّة بعد الثلاث، لا تحل لزوجها ما لم تتزوّج بزوج ثانى، ويدخل بها الثانى، ووطء المالك لا يحلها للزوج الأول، ولو

(١) أخرجه البخارى: ٢٤٤٥، ومسلم: ٢٥٨٧، والترمذى: ١٠٣٧، والنسائى: ٣٢٣١، وابن ماجه: ١٩٢٢.

(٢) وفى "ظ": ذكره.

(٣) أثبت من "ظ" و"م".

(٤) أخرجه ابن الجارود فى "المنتقى" (٦٨٤) والدارمى فى "سننه" (٢٢٥٨) والهيثمى فى "مجمع الزوائد" (٤/ ٢٦٧) والبيهقى فى "الكبرى" (١٣٩٦١) وأبو داود فى "سننه" (٢٠٧٦) وابن ماجه فى "سننه" (١٩٣٤) وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (١٧٠٨٠) وأبو شجاع فى "الفردوس بمأثور الخطاب" (٤٦٤).

اشتراها الزوج لم تحل له بملك اليمين، وقد ذكرنا بعض هذه المسائل فى النوع الثالث من الفصل العشرين.

ومما يتصل بهذه المسائل:

٤٢٠٣- سئل الإمام نجم الدين عمر النسفى رحمه الله تعالى: عمَّن حلف بثلاث تطليقات وظنّ أنه لم يحنث، واستفتت المرأة فأفتيت بوقوع الثلاث، وعلمت أنها لو أخبرت الزوج بذلك أنكر اليمين، هل لها أن تحلل بعد ما فارقها زوجها لسفر أو غيره، وتنقضى عدّتها وتعتد من الزوج الثانى، ثم تأمر الأول بعد الإتيان بتجديد النكاح بشىء، دخل فى قلبها من شبهة؟ قال: أما فى القضاء فلا؛ لإنكار الزوج وقوع الطلاق الثلاث ولا بيّنة لها، أما فيما بينه وبين الله تعالى فهو فى سعة من ذلك.

قال: وقد وقعت هذه الحادثة فى زمان السيد الإمام أبى شجاع رحمه الله تعالى، فسألته عن ذلك بالفتوى، فكتب أنه يجوز، ثم سألته بعد ذلك، فقال: لا يجوز، ولا يطلق لها ذلك، فلعلّه إنما أجاب بذلك فى حق الذى لا يوثق بقولها، فلا يؤمن مِن أن يكذب تطرّقًا [فى][1] مخالطة من يريده سفاحًا، فيتصوّر ذلك نكاحًا.

٤٢٠٤- وسئل أبو القاسم رحمه الله تعالى: عن امرأة سمعت من زوجها أنه طلّقها ثلاثًا، ولا تقدر أن تمنع نفسها منه، هل يسعها أن تقتله؟ قال: لها أن تقتله فى الوقت الذى يريد أن يقربها، ولا تقدر على منعه إلا بالقتل. قال الإمام نجم الدين عمر النسفى رحمه الله تعالى فى "فتاواه": وهكذا كان فتوى شيخ الإسلام أبى الحسن عطاء بن حمزة، والسيد الإمام الأجل أبى شجاع، وكان القاضى الإمام الإسبيجابى يقول: ليس لها أن تقتله، وكان يستدل بما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الإكراه: أنّ السلطان إذا أكره المرأة على الزنا فمكّنت لا تأثم، بخلاف الرجل إذا كان مكرهًا على الزنا حيث يأثم، وإذا لم تأثم أن توطأ وهى مكرهة، لم تكن مضطرة إلى قتل الزوج.

٤٢٠٥- قال نجم الدين عمر رحمه الله تعالى: يحكى له جواب السيد الإمام أبى شجاع، يقول لها أن تقتله، فقال: إنه رجل كبير، وله مشايخ أكابر، لا يقول: ما يقول إلا عن صحة، فالاعتماد على قوله. وفى فتاوى محمد بن الوليد السمرقندى فى باب "مناقب أبى حنيفة رحمه الله تعالى"، عن عبد الله بن المبارك عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: أنّ من

---

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى الأصل: من.

طلّق امرأته ثلاثًا ، ثم قصدها ، فإنها تردّه عن نفسها ، ولها أن تقتله .

٤٢٠٦- وفى آخر "كتاب الاستحسان" : إذا شهد عند المرأة شاهدان عدلان أنّ زوجها طلّقها ثلاثًا ، وهو يجحد ذلك ، ثم ماتا أو غابا قبل أن يشهدا عند القاضى ، لم يسعها أن تقيم معه وأن تدعه يقربها ، فإن حلف الزوج على ذلك والشهود قد ماتوا ، فردّها القاضى عليه ، لا يسعها المقام معه ، وينبغى لها أن تفتدى بمالها أو تهرب منه ، فإن لم تقدر على ذلك قتلته متى علمت أنه يقربها ، لكن ينبغى أن تقتله بالدواء ، وليس لها أن تقتل نفسها ، وإذا هربت منه لم يسعها أن تعتدّ ، وتتزوّج بزوج آخر [قال شمس الأئمة السرخسى فى[1] "كتاب الاستحسان" : هذا جواب الحكم ، فأما فيما بينها وبين الله تعالى إذا هربت فلها أن تعتدّ ، وتتزوّج بزوج آخر][2] -والله أعلم- .

٤٢٠٧- وأما المسائل التى تتعلق بنكاح الفضولى فى الطلاق المضاف : إذا حلف الرجل بطلاق امرأة بعينها إن تزوّجها ، فزوّجه رجل تلك المرأة بغير أمره ، وأجاز هو قولا أو فعلا ، أو حلف بطلاق كل امرأة يتزوّجها ، فزوّجه رجل امرأة بغير أمره ، فأجاز هو قولا أو فعلا ، قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى : إن أجاز بالقول يحنث ، وإن أجاز بالفعل لا يحنث . وقال بعضهم : يحنث أجاز بالقول أو بالفعل ؛ لأنّ الإجازة فى الانتهاء بمنزلة الإذن فى الابتداء من حيث إنّ العاقد بالإجازة يصير نائبًا عن المخبر من ذلك الوقت ، وفعل النائب كفعل المنوب عنه ، فيصير متزوّجًا من ذلك الوقت . وقال بعضهم : لا يحنث أجازه بالقول أو بالفعل ، وإليه أشار فى الزيادات ، وهو الأشبه .

ووجه ذلك : إنّا لو جعلناه [حانثا بالإجازة ، لجعلناه][3] متزوّجًا [من ذلك إيّاها عند الإجازة ؛ لأنّ شرط الحنث التزوّج ، ولو صار متزوّجًا][4] إيّاها لصار متزوّجًا من وقت مباشرة العقد ، فيقع الطلاق من ذلك الوقت ، وإذا وقع الطلاق من ذلك الوقت تبيّن أنّ الإجازة كانت باطلة ، وتبيّن أنّ الإجازة كانت بعد وقوع الطلاق وارتفاع النكاح ، والإجازة بعد ارتفاع النكاح لاتعمل ، وإذا تبيّن بطلان الإجازة تبيّن أنه لم يصر متزوّجًا إيّاها ، وبدونه لا يقع الطلاق [فتبيّن

---

(١) وفى "ب" و"ف" : فى شرح كتاب الاستحسان .

(٢) أثبت من جميع النسخ التى لنا .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

بطلان الطلاق][1]، ففى إيقاع الطلاق ابتداء إبطاله انتهاء، فلا يقع الطلاق ابتداء، ويجعل فى حق الطلاق كأن الإجازة لم توجد.

٤٢٠٨- قال نجم الدين رحمه الله تعالى: وكل جواب عرفته فى قوله: كل امرأة أتزوّجها، فهو الجواب فى قوله: كل امرأة تدخل فى نكاحى؛ لأنّ دخولها فى نكاحه لا يكون إلا بالتزوّج، وكان ذكر الدخول فى نكاحه بمنزلة ذكر التزوّج، وصار كأنه قال: كل امرأة أتزوّجها، وبتزويج الفضولى لا يصير متزوّجًا.

٤٢٠٩- وهذا بخلاف ما لو قال: كل عبد يدخل فى ملكى فهو حرّ، فإنه يعتق بعقد الفضولى إذا أجازه؛ لأنّ ملك اليمين لا يختص بالشراء، بل له أسباب فلا يكون ذكره ذكرًا للشراء، أما ههنا بخلافه. وإذا قال: كل امرأة تصير حلالا لى، فهذا وما لو قال: كل امرأة تدخل فى نكاحى سواء.

٤٢١٠- وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله تعالى أنه قال: وقال بعض الفقهاء: الحيلة فى هذه الصورة أن يزوّجه فضولى امرأة بغير أمره، وبغير أمرها، ثم يجيز هو النكاح [ثم تجيز المرأة النكاح][2]، فيقع الحنث قبل إجازة المرأة بإجازة الزوج، فإجازتها لا تعمل، فيجدِّدان النكاح بعد ذلك، ويكون هذا نكاحًا جائزًا؛ لأنّ اليمين انعقد على تزويج واحد، ثم الفعل الذى يقع به الإجازة فى نكاح الفضولى، فعل هو مختص بالنكاح، وهو بعث شىء من المهر وإن قلّ، أما بعث الهديّة والعطيّة لا يكون إجازة؛ لأنه لا يختصّ بالنكاح بل يكون بطريق آخر، فلا يكون ذلك إجازة النكاح [هكذا حكى عن نجم الدين رحمه الله][3]. فعلى هذا القياس لو بعث إليها شيئًا من النفقة لا يكون إجازة [لأنّ النفقة لا يختص بالنكاح][4].

٤٢١١- سئل نجم الدين عمر رحمه الله تعالى عمّن قال: كل امرأة أتزوّجها أو يتزوّجها غيرى لأجلى، فهى طالق ثلاثًا؟ فالوجه فيه قال: أن يتزوّجها الفضولى لأجله، فيقع الطلاق الثلاث، ولكن لا تحرم عليه؛ لأنها تطلق قبل دخولها فى ملك الزوج، فلا تحرم عليه، ألا ترى أنّ بعد عقد الفضولى لو طلّقها الزوج ثلاثًا لا تحرم عليه، وإنما لا تحرم؛ لأنّ الطلاق إنما

---

(١) هكذا فى "ب" و"ف".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) أثبت من "ب" و"ف".

(٤) أثبت من "ب" و"ف".

يقع قبل دخولها فى ملك الزوج، فكذا ههنا إلا أنه لا يقبل الإجازة؛ لأنه صار مردوداً، فيعقد الفضولى ثانيًا لأجله، ويخبر هو بالفعل على ما ذكرنا، هكذا حكى عن نجم الدين رحمه الله تعالى.

٤٢١٢- وعندى أنّ فى الكرّة الثانية لا حاجة إلى عقد الفضولى، بل إذا تزوّج بنفسه لا تطلّق؛ لأنّ اليمين فى حق هذه المرأة انحلّت بتزويج الفضولى، لا إلى جزاء. ألا ترى أنّ من قال: إن تزوّجت فلانة، أو أمرت إنسانًا أن يزوّجها فهى طالق، فأمر إنسانًا ليزوّجها منه، فزوّجها لم تطلّق؛ لأنّ اليمين انحلت بالأمر، لا إلى جزاء، وكذلك إذا قال: إن خطبت فلانة أو تزوّجتها فهى طالق، فخطبها ثم تزوّجها، لا تطلّق؛ لأنّ اليمين انحلّت بالخطبة لا إلى جزاء.

وسئل هو أيضًا عمّن قال: كل امرأة أتزوّجها أو تَزوّجها غيرى لأجلى، وأجيزه فهى طالق ثلاثًا، قال: لا وجه لجوازه؛ لأنه شدّد على نفسه.

٤٢١٣- إذا قال الحالف لغيره: "مرا سوگند است بدين وجه، وبعقد فضولى حاجت است"، ولم يأمره بالعقد فعقد، وأجاز الحالف بالفعل، لا يحنث. ولو قال: "از بهر من عقد فضولى كن"، فهذا توكيل، فيحنث الحالف، وإذا حلف لاتطلّق امرأته، فطلّقها فضولى وأجاز الزوج ذلك قولا أو فعلا، فالجواب فيه نظير الجواب فى النكاح.

وأما المسائل التى تتعلق برفع اليمين فى الطلاق المضاف:

٤٢١٤- الحنفيُّ إذا عقد اليمين على جميع النسوة، بأن قال: كل امرأة أتزوّجها، فهى طالق، أو عقد اليمين على امرأة واحدة، بأن قال لامرأة: إن أتزوّجكِ، فأنت طالق، وتزوّج امرأة فى الفصل الأول، أو تزوّج تلك المرأة بعينها فى الفصل الثانى، ثم إنهما رفعا الأمر إلى حاكم يعتقد مذهب الشافعى، وقضى بجواز النكاح وبطلان اليمين المضاف، نفذ قضاءه، وصارت المرأة حلالا له بلا خلاف إن كان الحالف عاميًا، وإن كان فقيهًا فكذلك فى قول محمد رحمه الله تعالى، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: لا تصير حلالا له. هكذا وقع فى بعض النسخ، وفى بعض النسخ: إن كان فقيهًا فكذلك فى ظاهر الرواية، وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى غير رواية الأصول، أنها تصير حلالا له.

٤٢١٥- واعلم أنّ المبتلى بالحادثة المجتهد فيها إن كان عاميًا، فعليه أن يتبع حكم القاضى فى تلك الحادثة، سواء وقع الحكم له أو عليه، وإن كان فقيهًا له رأى، إن وقع الحكم عليه بأن

كان هو يعتقد الحل، وقضى القاضي بالحرمة، فعليه أن يتبع قضاء القاضي، وإن حصل الحكم له بأن كان يعتقد الحرمة، وقضى القاضي بالحل، فعليه أن يتبع حكم القاضي في قول محمد رحمه الله تعالى، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا يترك رأى نفسه، ولا يلتفت إلى إباحة القاضي فيما يعتقد حرامًا، هكذا وقع في بعض النسخ. وذكر الخصّاف في "أدب القاضي" في هذه الصورة: أنّ عليه أن يتبع حكم القاضي في ظاهر الرواية، وذكر في غير رواية الأصول: أنّ على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى[1]: لا يلتفت إلى إباحة القاضي فيما يعتقده حرامًا.

٤٢١٦- وإذا كتب القاضي الحنفي إلى القاضي الشفعوي، في تقليده في هذه الصورة وأمثالها، إن كان التقليد للحكم ببطلان اليمين، كان جائزًا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافًا لهما، بناء على مسألة معروفة أنّ القاضي إذا قضى في فصل مختلف في خلاف[2] رأيه، على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ينفذ قضاءه، وعلى قولهما: لا ينفذ. وإذا كان [من][3] مذهبهما أنّ قضاءه بخلاف رأى نفسه لا ينفذ، فكذا لا يجوز التقليد للحاكم بخلاف رأيه عندهما أيضًا. ولو كان التقليد للحكم بما رآه ويقتضيه الشرع، كان التقليد صحيحًا في قول الكل.

٤٢١٧- في "الجامع الأصغر": قال أبو نصر الدبوسي في الحاكم المحكم: إذا حكم بجواز النكاح بعد الطلاق المضاف، وهو يرى ذلك نفذ حكمه، وجاز النكاح، ولا يقع الطلاق، وقال كثير من مشايخ بلخ: لا يجوز، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في "شرح أدب القاضي" للخصّاف: أنّ حكم الحاكم المحكم فيما عدا الحدود والقصاص من المجتهدات نحو الكنايات، والطلاق [المضاف][4] جائز، هذا هو الظاهر من مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى وهو الصحيح، لكن مشايخنا امتنعوا عن هذا الفتوى، وقالوا: يحتاج إلى حكم الحاكم المقلّد كما في الحدود والقصاص؛ كيلا يتجاسر العوام فيه. وسئل الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله تعالى عن هذا؟ فقال: أقول: لا يحل لأحد أن يفعل هذا، ولا أزيد على هذا، قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: وقد روى عن أصحابنا ما هو أوسع من

---

(١) وفي "م" و"ظ" و"م": قول أبي حنيفة... إلخ.

(٢) وفي "ب" و"ف" و"م": بخلاف رأيه.

(٣) هكذا في "ب" و"ف".

(٤) هكذا في "ب" و"ف".

هذا، وهو أنّ صاحب الحادثة إذا استفتى فقيهًا عدلا من أهل الفقه والفتوى، فأفتاه ببطلان اليمين وسعه فتواه، وإمساك المرأة المحلوف بطلاقها.

٤٢١٨- قال: وقد روى عنهم ما هو أوسع من هذا، أنّ صاحب الحادثة إذا استفتى فقيهًا، فأفتاه ببطلان اليمين وسعه إمساك المرأة، فإن تزوّج امرأة أخرى، وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوّجها، فاستفتى فقيهًا آخر، فأفتاه بصحة اليمين يفارق الأخرى، ويمسك الأولى عملا بفتواهما. فإذا قال: كل امرأة أتزوّجها فهى طالق، فتزوّج امرأة وفسخ اليمين عليها، أو قال لامرأة بعينها: إن تزوّجتكِ فأنتِ طالق، فتزوّجها، وفسخ اليمين عليها بطريقة لا يحتاج إلى عقد جديد، والعقد الأول يكفى، هكذا حكى عن شمس الأئمة الحلوانى عن أستاذه القاضى الإمام أبى على النسفى رحمه الله تعالى؛ وهذا لأنّ القاضى بالفسخ لا يرفع الطلاق الواقع، إذ لا سبيل إليه، ولكن يبطل اليمين السابق [بقضاءه][1]، ويبين أنّ الطلاق لم يكن واقعًا، وعن هذا قلنا: لو كان الزوج وطئها قبل الفسخ، ثم فسخ القاضى اليمين، كان ذلك الوطء حلالا؛ لأن بقضاء القاضى بالفسخ تبيَّن أنّ اليمين لم تكن منعقدة، وأنّ الطلاق لم يقع، فتبيّن أنّ الوطء كان حلالا.

٤٢١٩- وإذا عقد على جميع النسوة يمينًا واحدة، بأن قال: كل امرأة أتزوّجها، فهى طالق، فتزوّج امرأة وفسخ اليمين عليها، ثم تزوّج امرأة أخرى، هل يحتاج إلى الفسخ على المرأة الأخرى؟ وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: لا يحتاج، والفسخ علي امرأة واحدة فسخ على جميع النساء، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: يحتاج إلى الفسخ علي المرأة الأخرى، والصدر الشهيد الأكبر برهان الأئمة، والقاضى الإمام الأجل جمال الدين جدى، والقاضى الإمام عماد الدين، والصدر الشهيد الإمام حسام الدين رحمهم الله تعالى، كانوا يفتون على قول محمد رحمه الله تعالى.

٤٢٢٠- وأصل المسألة فى "كتاب المنتقى": إذا قال الرجل: كل عبد أشتريه إلى سنة، فهو حرّ، فاشترى عبدًا، وخاصمه إلى القاضى، وأقام البيّنة على هذا اليمين، وقضى القاضى بعتقه، ثم اشترى عبدًا آخر وخاصمه، قال محمد رحمه الله تعالى: أقضى بعتقه، ولا أكلّفه إعادة البيّنة. قال: من قبل إنى قضيت على الحالف بذلك اليمين، والبينة لهما جميعًا، وهو رواية ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى، وروى المعلى عن أبى يوسف: أنّ

---

(١) هكذا فى "ب" و "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ": برضاءه.

القاضى لا يقضى بعتقه حتى يعيد البيّنة، وهو رواية [ابن سماعة][1] عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

٤٢٢١- وإذا عقد على جماعة من النسوة، على كل امرأة يمينًا على حدة، وفسخ القاضى النكاح على امرأة واحدة، لا ينفسخ اليمين فى حق امرأة أخرى بالاتفاق.

٤٢٢٢- وإذا عقد أيمانًا على امرأة واحدة، بأن قال لها: إن تزوّجتكِ فأنت طالق، قال: ذلك مرارًا، فتزوّجها وقضى القاضى بصحة نكاحها، ترتفع الأيمان كلها.

٤٢٢٣- وإذا عقد على امرأة واحدة بكلمة "كلّما"، بأن قال لها: كلّما تزوّجتكِ، أو عقد على كل امرأة بكلمة "كلّما" بأن قال: كلّما تزوّجت امرأة، فهى طالق، فتزوّج تلك المرأة فى الفصل الأول، وقد فسخ القاضى اليمين عليها، ثم طلّقها ثلاثًا، أو تزوّج امرأة فى الفصل الثانى، وفسخ القاضى اليمين عليها، ثم طلّقها وتزوّجها ثانيًا، هل يحتاج إلى الفسخ فى حقها مرة أخرى؟ يجب أن تكون المسألة على روايتين بناء على مسألة أخرى، أنّ الثابت بكلمة "كلّما" فى الحال يمين واحدة، يتجدّد انعقادها على حسب الحنث، أو أيمان متفرّقة، والمسألة معروفة فى "الجامع".

٤٢٢٤- وإذا قال: إن تزوّجتُ فلانة، فهى طالق، ثم قال: كل امرأة أتزوّجها، فهى طالق، ثم تزوّج امرأة وفسخ اليمين عليها، ثم تزوّج فلانة طلّقت فلانة؛ لأنّ بالفسخ على تلك المرأة انفسخ فى حق فلانة اليمين العامّة دون اليمين الخاصّة، ثم على قول من يعتبر الفسخ على امرأة واحدة فسخًا على النسوة، كما يظهر الفسخ فى حق التى [تزوّجها بعد التى فسخ النكاح عليها، يظهر الفسخ فى حق][2] التى سبقها، حتى أنه إذا تزوّج امرأة ثانية فسخ اليمين على الثانية، وتصير المرأة الأولى حلالا له، وكذا إذا سبقها ثنتين أو ثلاثًا، وإن سبقها أربعًا لا يظهر الفسخ فى حقهن. ولو ظهر الفسخ فى حقهنّ لظهر أنّ القضاء يحل هذه، ويفسخ اليمين على هذه، كان باطلا؛ لأنه يظهر أنّ هذه خاصة. وإذا بطل فى حق [هذه، بطل فى حق][3] الأربع أيضًا، فيبطل من حيث يصح.

٤٢٢٥- وكذلك لو كانت الثانية أخت الأولى، لا يظهر الفسخ فى حق الأولى، هكذا حكى عن الصدر الشهيد رحمه الله تعالى، ورأيت مكتوبًا بخط بعض المشايخ أنّ القاضى لا

(١) أثبت من "ب" و "ف".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

يفسخ اليمين على المرأة التى سبقها أربع؛ لأنه لو فسخ عليها، يظهر الفسخ فى حق الأربع التى سبقن، فيظهر أنّ نكاح الأربع وقع صحيحًا، وإذا ظهر أنّ نكاح الأربع وقع صحيحًا، يظهر بطلان نكاح الخامسة، فلا يكون الفسخ مقيّدًا فى حق الخامسة.

٤٢٢٦ - وكذلك لا يفسخ اليمين على الأخت الثانية، على قول هذا القائل إذا قال: كل امرأة أتزوّجها، فهى طالق ثلاثًا، فتزوّج امرأة ووقع الثلاث[١] عليها، ثم إن هذه المرأة تزوّجت بزوج آخر، ولم يعلم به الزوج الأول [ثم إن الزوج الأول][٢] طلب من المرأة، أن يرفعا الأمر إلى القاضى يعتقد مذهب الشافعى، حتى يفسخ تلك اليمين ويقضى بصحة نكاحها، ففعلا ذلك، وقضى القاضى بفسخ تلك اليمين، وبصحة نكاحها، هل يصح قضاءه؟ ذكر نجم الدين رحمه الله تعالى فى فتاويه: أنه لا يصح، قال: قيام النكاح بين المرأة والزوج الثانى يمنع صحة القضاء بالنكاح للزوج الأول، وسمعت عن الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين الحسن بن على رحمه الله تعالى يقول: إنّ هذه المسألة على وجهين: إن كان الزوج الثانى غائبًا لا يصح قضاءه؛ لأنّ هذا حكم بفساد نكاح الزوج الثانى، والقضاء على الغائب لا يجوز، وإن كان الزوج الثانى حاضراً يصح قضاءه، وبطل النكاح الثانى؛ لأنه لما قضى ببطلان تلك اليمين، ظهر أنّ الطلاق الثلاث لم يقع، وأن الثانى تزوّج بها وهى منكوحة الأول.

٤٢٢٧ - وإذا قال: كل امرأة أتزوّجها، فهى طلاق ثلاثًا، وتزوّج امرأة، وطلّقها ثلاثًا، ثم ترافعا إلى القاضى يعتقد مذهب الشافعى، فحكم ببطلان تلك اليمين، هل يصح حكمه؟ فاعلم بأنّ تلك المسألة اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيها، أكثرهم على أنّ الزوج إن لم يكن دخل بها حتى طلّقها ثلاثًا، لا يصح حكمه؛ لانعدام دعوى صحيحة، لأنه لا يمكن دعوى حقوق النكاح بعد انقطاعه، وههنا انقطع النكاح بلا خلاف عندنا بالطلاق المعلّق، وعند الشافعى رحمه الله تعالى بالطلاق المرسل، وبدون الدعوى لا يصح الحكم.

٤٢٢٨ - وإن كان الزوج قد دخل بها بعد النكاح، ثم طلّقها ثلاثًا، وادّعت هى نفقة العدّة الواجبة بالطلاق المرسلة بعد الدخول، والزوج ينكر ذلك، بناء على اعتقاده وقوع الطلاق بالمعلّق عقيب النكاح لاعتقاده صحة اليمين، فإذا قضى ببطلان تلك اليمين، ووقوع الطلاق المرسلة، وبنفقة العدّة عليها، ينفذ قضاءه؛ لأنّ قضاءه [حصل][٣] فى فصل مجتهد

---

(١) وفى "ظ": وقع الطلاق عليها.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) هكذا فى "م" و"ف" و"ب"، وفى "ظ": يحصل، وكان فى الأصل: يحل.

فيه، وقد تقدّمه دعوى صحيحة.

٤٢٢٩- وفي "فتاوى النسفي": سئل عن حنفي قال: إن تزوّجت امرأة فهي طالق ثلاثًا، فتزوّج امرأة، ثم ترافعا إلى قاضي حنفي، فبعثهما إلى عالم شفعوي المذهب، يسمع خصومتهما، ويقضي بينهما، وأمره بذلك، وقضى ذلك العالم الشفعوي ببطلان اليمين وصحة النكاح، هل يجوز؟ قال للسائل: هل أخذ القاضي الأول على هذه الحادثة شيئًا؟ قال: نعم، قال: إذا أخذ فقضاء الثاني باطل؛ لأنّ القاضي إذا أخذ على القضاء مال فقد عمل لنفسه، فلم يكن قضاء، فلم ينفذ. قيل: أخذ القاضي من صاحب الحادثة أجر مثل الكتابة، هل يصح الحكم من [المكتوب][1] إليه؟ قال: نعم، وإن لم يأخذ القاضي هذا القدر [من الأجر][2] كان أفضل له. قيل: وهل يحتاج صحة ذلك إلى إجازة القاضي الأول؟ قال: العرف على هذا أنه يرفع إليه، ولكن في الحكم لا حاجة إلى ذلك؛ لأنه فعل بأمره.

٤٢٣٠- وفي "مجموع النوازل": سئل شيخ الإسلام أبو الحسن عطاء ابن حمزة رحمه الله تعالى عن رجل غاب عن امرأته غيبة منقطعة، وقد كان النكاح بينهما بشهادة الفسقة، هل يجوز للقاضي أن يبعث إلى القاضي الشافعي، ليبطل هذا النكاح بهذا السبب؟ قال: نعم، وللقاضي الحنفي أن يفعل ذلك بنفسه، أخذا بهذا المذهب وإن لم يكن هذا مذهبه؛ فقد ذكر في الكتاب أنّ القاضي إذا قضى بشيء، ثم ظهر أنه قضى بخلاف مذهبه، أنه ينفذ قضاءه، وقد ذكرنا هذه المسألة من قبل. قال: وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه صلى بالناس الجمعة، ثم أخبر بوجود الفارة في بئر الحمام، وقد كان اغتسل فيه، وكان ذلك بعد تفرّق الناس، فقال: نأخذ بقول إخواننا من أهل المدينة: إنّ الماء إذا بلغ قلّتين لايحتمل[3] خبثًا، ولم يكن مذهبه.

٤٢٣١- وفيه أيضًا: سئل شيخ الإسلام رحمه الله تعالى عمّن تزوّج امرأة بغير ولي، فطلّقها ثلاثًا بعد ما وطئها، ثم تزوّجها ثانيًا بتزويج الولي، ورفعا إلى القاضي -يعني القاضي الحنفي- وقضى القاضي بأنّ النكاح الأول لم يصح لعدم الولي، وإنّ الطلقات الثلاث لم تقع، وإن النكاح الثاني بتزويج الولي قد صح، هل يصح قضاء القاضي على هذا الوجه؟ قال: لا أدري ذلك؛ لأنّ محمدًا رحمه الله تعالى هو الذي يشترط الولي، ثم يقول هو في

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: المحكوم.

(٢) هكذا في "ف" و"م".

(٣) وفي "ظ": يحمل.

الكتاب: لو طلّقها ثلاثًا، ثم أراد أن يتزوّجها فإني أكره له ذلك، وفيه نظر؛ لأنّ الشافعي فيه مخالف، فإنه لا يقول بانعقاد النكاح بدون الولي، فيكون قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه، ولكن على خلاف رأى القاضي وإنه صحيح على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى على ما مرّ.

٤٢٣٢- قيل له: فإن كتب القاضي الحنفي بذلك إلى عالم شفعوي، لا يرى انعقاد النكاح بدون الولي، حتى يعقد فيما بينهما، ثم يقضي القاضي بذلك، قال: إن أخذ القاضي الكاتب أو المكتوب إليه مالا من المقضي له لا يصح ذلك، فقد مرّ قبل هذا، قيل له: إن لم يأخذ بذلك شيئًا، وقضى المكتوب إليه بذلك هل يصح قضاءه؟ قال: نعم، قيل له: وهل يظهر بهذا القضاء أنّ الوطء في النكاح الأول كان حرامًا، أو فيه شبهة، وإن كان بينهما ولد هل يكون فيه خبث؟ قال: لا؛ لأنهما حنفيّان يعتقدان صحة هذا[1] النكاح، وقضاء هذا القاضي كان في حق إبطال الطلقات الثلاث، فلا يتعدّى عنها إلى حكم آخر.

٤٢٣٣- وفيه أيضًا: وسئل شيخ الإسلام رحمه الله تعالى عمّن غاب عن امرأته غيبة منقطعة، ولم يخلف نفقتها، فرفعت الأمر إلى القاضي، فكتب القاضي إلى [حاكم][2] يرى التفريق بالعجز عن النفقة فيفرق بينهما، هل يصح؟ قال: نعم إذا تحقق العجز، قيل: فإن كان للزوج ههنا عقار أو متاع وأملاك، هل يتحقق العجز؟ قال: نعم إذا لم يكن من جنس النفقة؛ لأنّ بيع هذه الأشياء للنفقة لا يجوز؛ لأنه يكون قضاء على الغائب، هكذا نقل عنه.

وفيه نظر، والصحيح أنه لا يصح قضاءه، إذ العجز لا يعرف حالة الغيبة؛ لجواز أن يكون في يديه مال، وهو يقدر على أن يبعث إليها بنفقتها ولا يبعث، فيكون هذا ترك الإنفاق، لا العجز [عن][3] الإنفاق، وترك الإنفاق من الحاضر لا يوجب التفريق بالاتفاق، فمن الغائب أولى، فلم يكن قضاءه في المجتهد فلا ينفذ. فإن رفع قضاءه [إلى قاضي حنفي فأجاز قضاءه][4]، هل ينفذ ذلك القضاء؟ الصحيح أنه لا ينفذ؛ لأنّ هذا الفصل ليس بمجتهد؛ لما ذكرنا أنّ العجز لم يثبت -والله أعلم-.

---

(١) وفي باقي النسخ التي عندنا: ذلك.

(٢) هكذا في "ب" و "ف"، وكان في الأصل و "ظ": عالم.

(٣) هكذا في باقي النسخ التي اعتمدنا عليها، وكان في الأصل: على.

(٤) أثبت من النسخ التي عندنا.

الفصل السادس والعشرون فى المتفرِّقات

٤٢٣٤- فى "المنتقى" عن محمد رحمه الله تعالى : ليس للرجل أن يزوّج أمَة ابنه الصغيرة من عبد ابنه الصغير، وفى "نوادر بشر"[(١)] عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : الوصى يزوّج أمَة اليتيم من عبد اليتيم، وكذلك الأب.

٤٢٣٥- ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : تزوّج امرأة على الألف الذى له على فلان، فالنكاح جائز، فإن شاءت أخذت الزوج بالألف، وإن شاءت أخذت فلانًا، وتأخذ الزوج حتى يوكّلها بقبضها منه.

٤٢٣٦- وعنه أيضًا : إذا قال لامرأة : تزوّجتكِ على الألف التى لى على فلان إلى سنة، ورضيت بذلك، فإذا أخذت زوجها بالألف أخذته إلى سنة.

٤٢٣٧- إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : إذا قال الرجل لغيره : زوّجتكَ أمَتى هذه، وبعتكَ عبدى هذا بألف درهم، فقال ذلك الغير : قبلت البيع ولا أقبلُ النكاح، فهو باطل.

٤٢٣٨- رجل جاء إلى معتدّة الغير، وقال : أنفق عليكِ ما دمت فى العدّة، على أن تزوّجى نفسك منِّى إذا انقضت عدّتكِ، ورضيت به المرأة، فأنفق عليها حتى انقضت عدّتها، كان له أن يرجع عليها بما أنفق زوّجت نفسها منه أو لم تزوّج. فى "فتاوى الفضلى" : لأنها رشوة معنى، والسبيل فى الرشوة الرد. وحكى عن بعض المشايخ رحمهم الله تعالى أنّ الزوج إنما يرجع، إذا اشترط الرجوع عند الإنفاق بأن قال : أنفق عليك بشرط أن تزوّجى نفسك منّى، فإن لم تفعلى أرجع عليك بما أنفق، أما بدون شرط الرجوع لا يكون له حق الرجوع، والأول أصح. هذا إذا أنفق عليها بشرط أن تزوّج نفسها، فأما إذا أنفق عليها من غير هذا الشرط، ولكن علم عرفا أنه ينفق بشرط أن تزوّج نفسها منه، إذا زوّجت نفسها منه لا يرجع عليها بما أنفق، شرطَ الزوج الرجوع عند الإنفاق أو لم يشترط، وإذا لم تزوّج نفسها منه اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، ثم من قال : يرجع على قياس ما ذكره الفضلى؛ لأنّ المعروف كالمشروط، وهو الأشبه عندنا. قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى : الصحيح أنه لا يرجع؛ لأنه أنفق على طمع التزوّج [لا على شرط التزوّج][(٢)]، فلا يكون فى معنى الرشوة.

---

(١) وفى "ظ" : هاشم مكان بشر.

(٢) أثبت من "ف" و "م".

٤٢٣٩- ومن هذا الجنس: إذا قال الرجل: اعمل معى فى كرمى فى هذه السنة حتى أزوّجكَ ابنتى، فعمل معه السنة كلها، ثم بدا للأب أن يزوّج ابنته منه، هل يجب للعامل عليه أجر مثل عمله؟ وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه [بعضهم قالوا: لا يجب][1]، وبعضهم قالوا: يجب، وهو الأشبه، وكذلك اختلفوا فيما إذا عمل العامل ابتداء من غير أمر أب الابنة إيّاه بالعمل بشرط التزوّج، ولكن علم أنه إنما يعمل معه طمعًا فى التزوّج. وعلى هذا إذا قال الرجل: اعمل معى فى كرمى حتى أفعل فى حقك كذا وكذا، ثم أبى أن يفعل.

٤٢٤٠- إذا تزوّج امرأتين على ألف درهم، وإحداهما لا تحل له بأن كانت ذات زوج، أو معتدّة من الزوج، أو محرّمة عليه برضاع أو مصاهرة، فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى الألف كلها مهر التى تحل له، وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقسم الألف على مهرها، فمهر التى تحل له حصتها من ذلك.

فهما احتجا على أبى حنيفة رحمه الله تعالى بفصلين: أحدهما: أنّا أجمعنا على أنه لو دخل بالتى لا تحل له يلزمه مهر مثلها، ولا يجاوز به حصّتها من الألف، والمسألة مذكورة فى "الزيادات"، وهذا يدلك على اعتبار انقسام المهر. والثانى: أنه لا يلزمه الحد بوطء التى لا تحل له مع العلم، وهذا يدلّ على دخولها تحت العقد، ومن ضرورة دخولها تحت العقد، انقسام البدل المسمّى.

وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: انقسام المهر من حكم المعاوضة والمساواة فى الدخول تحت العقد، والحرمة لم تدخل تحت العقد؛ لأنها ليست بمحل لعقد النكاح.

[بيانه: أنّ النكاح مختص بمحل الحل، بأنّ موجبه ملك الحل، وبين الحل والحرمة تنافٍ، وأما إذا دخل بالتى لا تحل له ذكر فى نكاح][2] "الأصل": أنّ لها مهر مثلها مطلقًا، وهو الأصح على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى. وما ذكر فى "الزيادات" قولهما، وبعد التسليم نقول: المنع من المجاوزة بمجرّد التسمية، ورضاها بالقدر المسمّى لانعقاد المنع، وذلك موجود فى حق التى لاتحل له، فأما الانقسام باعتبار المعاوضة فى الدخول تحت العقد، والتى لا تحل له هى المختصّة بالدخول تحت العقد. وأما فصل سقوط الحد قلنا: سقوط الحد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأجل صورة العقد، لا لأجل انعقاده، وقد وجد صورة العقد فى حق التى لا تحل له، فأما انقسام البدل من حكم انعقاد العقد.

---

(١) أثبت من "ف" و"ظ" و"م".

(٢) أثبت من النسخ التى عندنا.

٤٢٤١- وفى "المنتقى" : إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : رجل تزوّج امرأة على خمسة دراهم، وصالحته من الخمسة على كر يساوى خمسين درهمًا، ثم طلّقها قبل الدخول بها، فهى بالخيار إن شاءت أمسكت الكرّ ولا شىء لها غير ذلك، وإن شاءت ردّت نصفه ورجعت عليه بدرهمين ونصف.

٤٢٤٢- فى "فتاوى أبى الليث" : رجل زوّج ابنته الصغيرة من ابن كبير لرجل بغير إذنه خاطب عنه أبوه، ثم مات أب الصغيرة قبل أن يجيز الابن النكاح، بطل النكاح؛ لأنّ لأب الصغيرة أن يفسخ هذا النكاح، لأنه فى هذا النكاح قائم مقام الصغيرة. والصغيرة لو كانت كبيرة، فزوّجت نفسها من ابن كبير لرجل بغير إذنه خاطب عنه أبوه، كان لها أن تفسخ النكاح قبل إجازة الابن، فكذا الأب الذى هو قائم مقامها. وإذا كان للأب ولاية الفسخ، جعل موته بمنزلة رجوعه، ولو كان مكان الصغيرة كبيرة زوّجها بغير إذنها، وباقى المسألة بحالها لا يبطل النكاح بموت الأب؛ لأنّ الأب لو أراد أن ينقض نكاحها لا يملك، لأنه بمنزلة الفضولى.

٤٢٤٣- وذكر ابن سماعة فى "نوادره" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : فى رجل زوّج بنتًا له صغيرة من رجل غائب، ثم مات الأب وبلغ الزوج النكاح، فأجاز ذلك، فهو جائز فى قولى، فهو نص أنّ بموت الأب لا يبطل نكاح الصغيرة، فتكون هذه الرواية مخالفًا لما ذكره أبو الليث فى فتاواه. ثم فصل الكبيرة دليل على أنّ بقاء الفضولى فى باب النكاح ليس بشرط لصحة الإجازة، والبيع فى هذا يخالف النكاح، ألا ترى أنّ العاقد الفضولى لو قال : رجعت قبل قبول الآخر، عمل رجوعه فى البيع، ولا يعمل رجوعه فى النكاح؛ وهذا لأنّ حقوق العقد فى البيع يرجع إلى العاقد، وفى النكاح لا يرجع إليه.

٤٢٤٤- سئل نصير رحمه الله تعالى عن امرأة قالت لرجل : زوّجتكَ نفسى على ألف درهم، فقال الزوج : قبلتُ النكاح بألفين؟ قال : يجوز النكاح فى قول محمد رحمه الله تعالى، فإن قالت المرأة قبل أن يتفرّقا : قبلتُ الألفين، فعلى الزوج ألفان، وإن تفرّقا من غير قبول، جاز النكاح على الألف ولا يلزمه الزيادة، وقال شدّاد : لايثبت النكاح، وبه قال زفر.

٤٢٤٥- ولو قال رجل لامرأة : تزوّجتكِ على ألف، فقالت المرأة : قبلتُ النكاح على خمسمائة، قال محمد رحمه الله تعالى : جاز النكاح، ولها خمسمائة؛ لأنها حطت الفضل عن هذا الزوج، وقال شدّاد : لا يثبت، وبه قال زفر. وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : وهذا مثل ما قالوا : فى رجل وكّل رجلا بأن يبيع عبده بألف درهم فباعه بألفين، يجوز فى قول علمائنا الثلاثة، وفى قول زفر رحمه الله تعالى لا يجوز، وكذا فى الشراء.

٤٢٤٦- وسئل نصير عن رجل قال لآخر: زوّجتكَ ابنتي على مهر ألف درهم، فقال الرجل: قبلتُ النكاح ولا أقبل المهر؟ فالنكاح باطل، وإن قبل النكاح، وسكت عن المهر، فالنكاح جائز على ما سمّى من المهر.

٤٢٤٧- وفي "شهادات الفضلي": في الوكيل بالنكاح من جهة امرأة، إذا زوّجها من رجل [أو الأب إذا زوّج ابنته البكر الكبيرة أو الصغيرة من رجل](١) بمهر مسمّى، ثم أبرأ الوكيل أو الأب الزوج عن كل المسمّى، أو البعض من مهرها على شرط الضمان، قال: إذا لم تجز المنكوحة الهبة والبراءة، لم يلزمها الضمان [لأنّ الضمان](٢) للزوج إنما يكون فيما له على غيره، وهذا إنما ضمن له أن يدفع إليه مثل ما وهب له من ماله، وهذا لا يجوز كمن قال لآخر: ضمنت لك أن أدفع إليك من مالي، لم يلزمه بهذا الضمان شيء، كذا ههنا.

٤٢٤٨- قال محمد رحمه الله تعالى في "الزيادات": رجل تزوّج بأمَة الغير، ثم تزوّج امرأة حرّة على رقبة هذه الأمَة بإذن مولاها أو بغير إذن مولاها، فبلغه الخبر فأجاز ذلك، أو أمر الزوج المولى أن يزوّجه حرّة على رقبة أمَته هذه ففعل، فإنّ نكاح الحرّة صحيح في هذه الوجوه كلها، ولايفسد نكاح الأمَة؛ لأنه لو أفسد إنما يفسد لعلة أنّ الزوج ملك رقبتها، ولم يملك.

بيانه: أنّ بتسمية مال الصغيرة مهرًا صحيحًا، وجب على الزوج العين أو القيمة، وصار المولى بالإجازة قاضيًا دينًا على الزوج بأمره، ومن قضى دين غيره بأمره يخرج المقضى به عن [ملك القاضي إلى ملك المقضى له](٣) من غير أن يدخل في ملك المقضى عنه، ولأنّ الزوج لو ملكها ملكها بالاستقراض؛ لأنه لما جعل رقبتها مهرها، فقد طلب من المولى أن يقرضها، والمولى بالإجازة أقرضها، ولا وجه إليه؛ لأنّ القرض لا يفيد الملك قبل القبض، ولم يوجد القبض من الزوج، وقبض المرأة لا يقع للزوج؛ لأنها قابضة عين حقها، وملكها لا يتوقّف على القبض، بل يثبت بمجرّد العقد، والإنسان في قبض حقه لا يصلح نائبًا عن الغير [فانتقلت](٤) الجارية من ملك المولى إلى ملك المرأة من غير أن تدخل في ملك الزوج، وعلى الزوج قيمتها للمولى، إما لأنّ المولى قضى دين الزوج بأمره من مال نفسه، فيستوجب بدله، والحيوان ليس من ذوات الأمثال، فيستوجب القيمة، وإما لأنّ الزوج صار مستقرضًا الجارية من المولى،

---

(١) أثبت من جميع النسخ الموجودة عندنا.

(٢) أثبت من "ب".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) هكذا في "ب" و"ف"، وكان في الأصل و"ظ": فانقلبت.

حيث جعلها مهرها، والمستقرض مضمون .

٤٢٤٩- وإن قبضتها الحرّة من الزوج، ثم طلّقها الزوج قبل الدخول بها، حتى وجب عليها ردّ نصف [مهر][1] الأمَة على الزوج، لا يفسد نكاح الأمَة ما دامت في يد الحرة، بناء على ما قلنا : إنّ الصداق إذا كان مقبوضًا، لا ينفسخ الملك في نصفه بنفس الطلاق قبل الدخول، بل يحتاج فيه إلى القضاء أو إلى ردّ المرأة، فإن ردّت النصف على الزوج بقضاء أو بغير قضاء، فسد نكاح الأمَة، وكان ينبغي أن لايفسد؛ لأنّ الجارية خرجت عن ملك المولى إلى ملك الحرّة من غير أن دخلت في ملك الزوج [فعند ارتفاع السبب يجب أن يعود إلى ملك المولى من غير أن يدخل في ملك الزوج][2] .

والجواب : قضية الأصل ما قلتم، لكن تركنا هذا الأصل لضرورة؛ لأنّ المولى استحق البدل على الزوج، لو عاد نصف الجارية إلى ملك المولى يجتمع البدل والمبدل منه في ملك رجل واحد، وإنه لا يجوز، على أنّا نقول : سبب الملك للزوج في الجارية موجود ههنا، وهو الاستقراض، لكن لم يثبت الملك للزوج فيها لمانع وهو ملك الحرّة فيها ملكًا، فإذا زال ملك الحرّة يملكها الزوج بهذا السبب، والعود إلى ملك من خرج إنما يكون في موضع لم يوجد في حق غيره بسبب ملك قائم .

بعد هذا ينظر إن كان القاضي قضى للمولى بقيمة الجارية، فلا سبيل له على الجارية، وإن لم يقض كان للمولى الخيار، إن شاء استردّ النصف من النصف وضمنه قيمة النصف، وإن شاء ترك النصف على الزوج وضمّنه جميع القيمة . وإنما كان للزوج حق استرداد نصف الجارية مع أنّ الزوج ملكه بالاستقراض؛ لأنه ملك فاسد بسبب قرض فاسد، فإنّ استقراض الحيوان فاسد في نفسه، إلا أنه ما دام تبعا للعقد، لم يثبت فيه حكم الفساد، فإذا انفصل بالطلاق ظهر حكم الفساد، والفساد مستحق الردّ شرعًا .

٤٢٥٠- ولو أنّ زوج الأمَة قال لمولاها : زوِّجني حرّة ولم يقل بهذه الأمَة، فزوّجه حرّة بهذه الأمَة، صحّ النكاح وصارت الأمَة للحرّة، ولا قيمة لمولاها على الزوج؛ لأنّ المولى تبرّع في جعلها مهرًا، لأنّ العهدة في باب النكاح ترجع إلى الزوج لا إلى المأمور، والزوج لم يأمره بإمهارها، ومن قضى دين غيره بغير أمره، لايستحق عليه البدل، ألا ترى لو زوّجها إيّاه على ألف درهم، وقضاها الألف من ماله كان متبرّعًا، كذا ههنا، بخلاف المسألة الأولى؛

(١) أثبت من "ف" .

(٢) أثبت من "ف" و"ب" .

لأنّ هناك الزوج بالإمهار صار مستقرضًا الجارية منه، فيلزمه قيمتها عند الصرف إلى قضاء دين نفسه، وبخلاف الوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه، فإنه يرجع على الموكّل وإن لم يأمره الموكّل بالنقد من مال نفسه؛ لأنّ العهدة فى باب الشراء ترجع إلى المأمور، فلم يصر بالقضاء متبرّعًا.

٤٢٥١- فإن قبضت الحرّة الأمَة، ثم طلّقها الزوج قبل الدخول بها، لا يفسد نكاح الأمَة؛ لأنّها تعود إلى ملك المولى ههنا، لا إلى ملك الزوج؛ لأنّ المولى قضى دين الزوج متبرّعًا. ومن قضى دين غيره متبرّعًا فى عقود المعاوضات، ثم انفسخ ذلك العقد بوجه من الوجوه، عاد المقضى به إلى ملك القاضى بخلاف ما تقدّم؛ لأنّ هناك قضاء الدين حصل بأمر الزوج، ألا ترى أنّ من قضى الثمن عن الغير متطوّعًا، ثم انفسخ البيع يعود الثمن إلى ملك القاضى، ولو قضى بأمر المشترى يعود إلى ملك المشترى، كذا ههنا.

٤٢٥٢- فى "مجموع النوازل": امرأة أرضعت صبيين، أحدهما كافر والآخر مسلم، فاشتبها عليها وعلى الوالدين، ولا يعرف الكافر من المسلم، فهما مسلمان ولا يرثان من أبويهما. أما هما مسلمان؛ لأنّ الغلبة للإسلام، وأما لا يرثان من أبويهما، فلمكان الشك فيه أيضًا.

٤٢٥٣- سئل عن السكران: إذا زوّج ابنته بأقلّ من مهر مثلها، قال: لا يجوز بلاخلاف، بخلاف الصّاحى [على قول أبى حنيفة، والفرق أنّ أبا حنيفة إنما جوّز ذلك من الصاحى][1]؛ لأنه ذو[2] شفقة كاملة ورأى كامل، فالظاهر أنه تأمّل غاية التأمّل، ورأى فى نقصان مهرها منفعة تربو عليه، وهذا المعنى لا يتأتى فى السكران، إذ ليس له رأى كامل تقف به على النافع والضار.

٤٢٥٤- سئل الإمام الزاهد أبو الحسن الرستغفنى رحمه الله تعالى عن المناكحة بين أهل السنة والجماعة، وبين أهل الاعتزال؟ فقال: لا يجوز؛ لأنهم عندنا كفّار، لأنّ من مذهبهم أنّ من يعتقد غير مذهب الاعتزال فهو ليس بمسلم.

٤٢٥٥- امرأة زوّجت نفسها بمهر مثل أمّها، والزوج لا يعلم قدر مهر أمّها، فالنكاح جائز بقدر[3] مهر أمّها، ولو طلّقها الزوج قبل الدخول بها فلها نصف ذلك، وللزوج الخيار إذا

(١) أثبت من جميع النسخ الموجودة عندنا.

(٢) وفى "م": لأن له شفقة كاملة.

(٣) وفى باقى النسخ التى عندنا: بمقدار مهر أمها.

علم مقدار مهرها، كما لو اشترى شيئًا بوزن هذا الحجر ذهبًا، ثم علم بوزنه، ولا خيار للمرأة. والبيع نظير النكاح، كما لو باع بما باع فلان جاز؛ لأنّ الوقوف بما باع فلان ممكن، بخلاف ما لو باع بما يبيع الناس؛ لأنّ الوقوف عليه غير ممكن.

٤٢٥٦- في "مجموع النوازل": سئل شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: في رجل يدّعي على امرأة أنها منكوحته وحلاله، وهي تقول: كنت امرأته وقد طلّقني، وانقضت عدّتي، وتزوّجت بهذا الرجل[1] الثاني، والثاني يدّعي ذلك، ولم يقم المدّعي بيّنة على دعواه، فتوسّط المتوسّطون بين المدّعي وبين هذه المرأة حتى اختلعت من المدّعي بمال واعتدّت، هل تحل لهذا الرجل الثاني، والثاني يدّعي ذلك من غير تجديد العقد؟

قال: لا حاجة إلى الاعتداد وإلى تجديد العقد، ولا صحة لهذا الخلع؛ لأنّ نكاح المدّعي لم يثبت، فكيف يصح الخلع معه؟ وإقدام المرأة على الاختلاع إن جعل إقرارًا منها بنكاح المدّعي دلالة، إلا أنّ إقرارها بالنكاح في حق الزوج الثاني [غير عامل، لو أقرّت صريحًا فكيف إذا أقرت دلالة، فلم يثبت نكاح المدّعي، ولم يصح الخلع معه، ولم تجب الاعتداد، وبقي النكاح الثاني][2] صحيحًا.

٤٢٥٧- كما كان ادعاء زيد وعمرو نكاح امرأة، فأقرّت المرأة لزيد، وقضى القاضي بالمرأة لزيد بحكم إقرارها، فقال القاضي للمرأة بعد ذلك: كان زوجك القديم عمرو، ولك منه أولاد، ثم أقررت بالنكاح لزيد، فكيف الحال؟ فقالت: بلى كان زوجي القديم عمرو، إلا أنه طلّقني وانقضت عدّتي، وتزوّجت زيدا بعد انقضاء عدّتي، وأنكر عمرو طلاقها، فإن كان للقاضي عِلم أنّ هذه المرأة كانت امرأة عمرو، ولها منه أولاد، لا يسلمها إلى زيد. وكذلك لو أنّ القاضي سأل منها حين ادّعيا نكاحها بهذا السؤال، قبل إقرارها بالنكاح لزيد، وأجابت على نحو ما بيّنا، وأقرّت بالنكاح لزيد، فالقاضي لا يقضي بالنكاح لزيد ما لم يثبت زيد طلاق عمرو.

٤٢٥٨- وإذا زوّج الرجل أخته، ثم قال لها وقت الزفاف: هل أجزت ما فعلت؟ فقالت: أجزت، وقد كان الأخ[3] باع أملاكها، فقالت الأخت: ما علمت ببيع الأملاك وما أردت بقولي: أجزت، فالقول قولها، وينصرف قولها: أجزت إلى ترتيب الزفاف.

---

(١) وفي "ب": الزوج الثاني.

(٢) أثبت من جميع النسخ التي اعتمدنا عليها.

(٣) وفي "ب": كان الزوج.

٤٢٥٩- زوّج ابنه البالغ امرأة، فذهب الابن إلى بيت الصهر، وسكن معهم، وإذا سئل أين تسكن؟ يقول: في بيت صهري، فهذا منه إجازة النكاح، كذا حكى عن شمس الأئمة الأوزجندي رحمه الله تعالى.

٤٢٦٠- صبي عاقل تزوّج امرأة وغاب، وتزوّجت المرأة بآخر، فحضر الصبي، وقد بلغ، وأجاز النكاح الذي باشره في حال صغره، ينظر إن كانت المرأة قد تزوّجت بآخر قبل بلوغ الصبي وإجازته، صحّ النكاح الثاني، ويتضمّن إقدامها على النكاح الثاني فسخًا للنكاح الأول، وإن كانت قد تزوّجت بآخر بعد إجازة الصبي وبلوغه، إن كان النكاح من الصبي بمهر المثل، أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه، لا يصح النكاح الثاني؛ لأنّ نكاح الصبيّ في هذه الصورة قد انعقد، وعمل إجازته بعد البلوغ، وصارت المرأة امرأة الصبي، فلا يصح نكاحها مع الثاني.

٤٢٦١- وإن كان نكاحها بأكثر من مهر المثل، مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، فإن كان للصغير أب أو جد فكذلك؛ لأنّ نكاحه قد انعقد، لأنّ له مجيزًا، وهو الأب أو الجد؛ لأنهما يملكان مباشرة هذا العقد على الصغير فيما كان إجازته، وهذا الجواب إنما يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى على ما عرف، وإن لم يكن للصغير أب أو جد، فنكاحها مع الثاني صحيح؛ لأنّ نكاح الصبي في هذه الصورة لم ينعقد؛ لأنه لا مجيز له، فيجوز نكاحها مع الثاني.

٤٢٦٢- في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: في "مجموع النوازل": امرأة وهبت مهرها لزوجها، ثم ماتت بعد مدّة، فطلبت ورثتها مهرها من زوجها، وقالوا: كانت وهبتها المهر في مرض موتها [فلم يصحّ][1]، وقال الزوج: لا، بل كانت الهبة في الصحّة، فالقول قول الزوج؛ لأنهم يدّعون عليه الدّين وهو منكر.

وفي المسألة نوع إشكال؛ لأنّ المهر كان ثابتًا، والزوج يدّعي السقوط، وهم ينكرون ذلك، والجواب: بل المهر كان ثابتًا، لكن حقًّا للمرأة لا حقًّا للورثة، فهم يدّعون الاستحقاق لأنفسهم، لم يعرف[2] هذا الاستحقاق لهم والزوج ينكر، فكان القول قوله.

٤٢٦٣- فيه أيضًا[3]: تزوّج امرأة بألف درهم، ومهر مثلها ألوف، ولم يعلم الأولياء

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفي "ف": يعرقون.

(٣) وفي "ب" و "ف" و "م": وفيه أيضًا.

بذلك حتى ماتت المرأة، ثم علموا بذلك، فلها حق مطالبة الزوج بتكميل المهر ؛ لأنّ الثابت للأولياء حال حياتها أن يقولوا للزوج : إما أن تبلغ مهر مثلها، أو يفسخ القاضى النكاح بينكما، إما ليس لهم حق المطالبة بتكميل المهر عينًا حال حياتها، فلا يمكن إثبات حق المطالبة بتكميل المهر عينًا بعد موتها.

٤٢٦٤- رجل خطب امرأة إلى أبيها، فقال الأب : إن نقدت المهر وذلك كذا وكذا إلى خمسة أشهر أزوّجكها، فذهب الخاطب واشتغل بالنقد، وكان الخاطب يبعث إلى الأب بهدايا [فمضى][1] خمسة أشهر، ولم يقدر الزوج على نقد المهر، ولم يزوّجه الأب ابنته، هل له أن يسترد ما بعث؟ قال[2] فى "مجموع النوازل" : ما بعث على وجه المهر، فله أن يستردّه إن كان قائمًا، وقيمته أو مثله إن كان هالكًا، وما بعث على وجه الهدية، فله أن يستردّه إن كان قائمًا، وإن كان هالكًا فلا شيء. ويجب أن تكون هذه المسألة على قياس مسألة الإنفاق على معتدّة الغير، قال لرجل : چرا فلانة را ميخواهى؟ فقال : او مرا بهيچ نكاح نمى شايد، فهذا لغو من الكلام، وله أن يتزوّجها متى شاء، كذا ذكر فى "مجموع النوازل".

٤٢٦٥- رجل قال لامرأته بمحضر من الشهود : [جزاك الله خيرًا قد وهبتِ لى مهركِ، وأبرأتِ ذمّتى، فقالت[3] : آرى بخشيدم، فقالت الشهود :][4] هل نشهد على هبتكِ المهر؟ فقالت : آرى گواه باشيد، فقال : هل هى هبة؟ قال فى "مجموع النوازل" : هذا الكلام يحتمل الرد والهبة، والشهود يقفون على هيئة أداء الكلام، إن كان هيئة كلامها هيئة التقرير حمل عليه، وإن كان هيئة كلامها هيئة الرد لكلامه، والامتناع من الإجابة يحمل عليه أيضًا.

وإذا قالت المرأة لأبيها : فوّضت إليك الأمر فى المعجّل، فذهب الأب وأجّل المعجّل سنة لايصحّ. غير الأب والجدّ لا يملك قبض صداق الصغيرة، وإنما يقبضه القاضى.

٤٢٦٦- سئل نجم الدين عمر النسفى رحمه الله تعالى عن رجل تزوّج صغيرة، زوّجها أبوها منه ثم غاب الزوج ومات الأب، وكبرت الصغيرة وتزوّجت بزوج آخر، ثم حضر الزوج الأول وادّعاها، ولم تكن له بيّنة فلم يقض القاضى بها للأول، وقضى بها للثانى فولدت من الثانى بنتًا، وللزوج الأول ابن صغير من امرأة أخرى، فأراد الزوج الأول أن يزوّج هذه الابنة

---

(١) هكذا فى النسخ التى الموجودة عندنا، وكان فى الأصل : فذهب.

(٢) وفى "ب" : قال محمد.

(٣) وفى "م" : فقال.

(٤) أثبت من النسخ الموجودة عندنا.

من ابنه الصغير لايجوز ؛ لأنّ مِن زعم المزوّج[1] الأول أنّ أمّ البنت زوجته، والابنة ولدت على فراشه، فهى ابنته بزعمه، فلا يجوز له أن يزوّجها من ابنه، فأما إذا كبر الابن وأراد أن يتزوّج الابنة بنفسه، من غير تزويج الأب يجوز ؛ لأنّ زعم الأب لا يعتبر فى حقه.

والصحيح من الجواب : أنّ الابن بعد ما كبر إن صدّق الأب فى دعواه، لايجوز له أن يتزوّج بالابنة، وإن لم يصدّقه فله أن يزوّجه ؛ لأنه لما صدّقه، فقد زعم أنّ الابنة ولد أبيه، وزعم الأب إن كان لا يعتبر فى حق الابن، فزعم الابن يعتبر فى حقه.

٤٢٦٧- إذا لقِّنت المرأة بالعربية حتى قالت : زوّجت نفسى من فلان، وفلان حاضر فقبِل، وكان ذلك بمحضر من الشهود، إلا أنّ المرأة لم تعرف أنّ هذا تزويج، والشهود يعلمون أنه تزويج، فقد قيل بأنّ النكاح ينعقد، وهذا القائل يقيس النكاح على الطلاق، فإنّ الرجل[2] إذا قال لامرأته : أنتِ طالق وهو لا يعرف أنّ هذا تطليق، أو قال لعبده : أنتَ حرّ وهو لا يعلم أنّ هذا تحرير، يقع الطلاق والعتاق، وقيل : إنه لا ينعقد النكاح ؛ لأنّ النكاح معاوضة وتمليك، وفى المعاوضة والتمليك يشترط عِلم المتعاقدين بمعناه، كما فى البيع والإجارة وغير ذلك.

٤٢٦٨- زوّج ابنه البالغ امرأة بغير أمره ومات الابن، واختلف الأب والمرأة بعد ذلك، فقال الأب : مات الابن قبل أن يجيز، وقالت المرأة : لا، بل مات بعد الإجازة، فالقول قول الأب، والبيّنة بيّنة المرأة.

٤٢٦٩- الولى إذا زوّج موَلّيته فردّت النكاح، فقال الزوج والولى : إنها صغيرة وردّها باطل، وقالت هى : أنا كبيرة وردّى صحيح، فإن كانت مراهقة، فالقول قولها ؛ لأنها أخبرت عما يحتمل ثبوته.

٤٢٧٠- إذا ادّعى رجل على امرأة أنّ وليُّها زوّجها منه فى حالة صغرها، وأقام على ذلك بيّنة، وأقامت المرأة بيّنة أنّ الولى زوّجها منه بعد البلوغ بغير رضاها، فالبيّنة بيّنة المرأة ؛ لأنها تثبت أمرًا حادثًا وهو البلوغ، وإذا لم يكن لها بيّنة فالقول قول المرأة ؛ لأنها تنكر الملك، وقيل : يجب أن يكون القول قول الزوج ؛ لأنّ البلوغ حادث، فيحال بحدوثه على أقرب الأوقات، وهو ما بعد النكاح، ولكن الأول أصح ؛ لأنّ البلوغ كما هو حادث، فالنكاح أيضًا حادث، فيحال بحدوثه على أقرب الأوقات، وهو ما بعد النكاح، فتعارض الحادثان بقيت

(١) وفى "ب" : الزوج.

(٢) وفى "ظ" : الزوج.

المرأة منكرة الملك ، فكان القول قولها .

٤٢٧١- وكذلك البيع على هذا[1] القياس ، إذا باع الرجل مال ولده ، ووقع الاختلاف بين الابن وبين المشترى ، فقال الابن : البيع كان بعد البلوغ [وقال المشترى : لا ، بل كان قبل البلوغ][2] ، فالبيّنة بيّنة المشترى ، والقول قول الابن ؛ لأنه ينكر التمليك عليه .

٤٢٧٢- ادّعى على امرأة نكاحًا ، وقال : هذه امرأتى وفى يدى ، وأقام البيّنة على ذلك ، ورجل آخر أقام البيّنة أنها امرأته وهى فى يد الثانى معاينة ، قضى بالمرأة للثانى ؛ لأنّ له يدا معاينة ، وللآخر يد مشهود بها ، والمعاينة أقوى من الخبر . ولو أقام الأول بيّنة على أنها امرأته ، وفى يديه ، وأنه تزوّجها ، وأقام الثانى بيّنة أنها امرأته وفى يديه ، ولا يدرى أنّ المرأة فى يد من؟ فالمرأة للأول ؛ لأنّ كل واحد منهما أثبت أنها امرأته وفى يده ، وتفرّد الأول بإثبات العقد . وعلى قياس ما ذكرنا قبل هذا أنّ دعوى الرجل أنّ هذه امرأته دعوى النكاح ، يجب أن يتهاتر البيّنتان ؛ لأنهما استويا فى الإثبات وهو الأشبه .

٤٢٧٣- فى "فتاوى النسفى" : سئل شيخ الإسلام رحمه الله تعالى عن امرأة نعى إليها زوجها ، ففعلت هى وأهل الميّت ما يفعل أهل المصيبة من إقامة رسم التعزية ، واعتدّت وتزوّجت بزوج آخر ، ثم جاء آخر وأخبرها أنّ زوجها حىّ ، وإنّى رأيته فى بلد كذا ، كيف جاز نكاحها مع الثانى ، وهل يسعها أن تقيم معه؟ قال : إن صدّقت المخبر الأول ، لا يمكنها تصديق المخبر الثانى ، ولا يبطل النكاح الثانى ، ووسعها المقام معه ، وقيل : إن كان المخبر الأول عدلا ، وكان أكبر رأيها أنه صادق فيما أخبر ، لا يفرق بينها وبين الثانى .

٤٢٧٤- وفى "مجموع النوازل" : رجل طلّق امرأته ثلاثًا ، وانقضت عدّتها ، وتزوّجت بعبد بغير إذن سيده ودخل بها ، ثم أجاز السيد النكاح ، فلم يطأها بعد ذلك حتى طلّقها ، فإنها لا تحل للزوج الأول حتى يطأها بعد الإجازة .

٤٢٧٥- وفيه أيضًا : أَمَة زوّجت نفسها بغير إذن مولاها على عشرة دراهم ، ومهر مثلها مائة درهم ، فوطئها الزوج ، فإن أجاز المولى النكاح ، لم يكن إلا عشرة دراهم ، وإن لم يجز أخذ مهر مثلها . وإن أجاز المولى النكاح ، ثم طلّقها قبل الدخول بها بعد الإجازة ، فإن ذلك الوطء كأنه بعد الإجازة ، وإن لم يجز النكاح ، ولكنه أعتق الأَمَة ، وهو يعلم بالنكاح أو لم يعلم ، جاز النكاح والمهر للولى .

---

(١) وفى "ف" : وكذلك البيع على هذا النكاح على هذا القياس .

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"م" .

٤٢٧٦- وفيه أيضًا: عبد تزوّج امرأة على رقبته بغير إذن سيده، فقال السيد: أجيز النكاح ولا أجيز على رقبته، فالنكاح جائز، ولها الأقل من مهر مثلها، ومن قيمة العبد يباع فيه.

٤٢٧٧- وفيه أيضًا: رجل قال لآخر: زوّجني امرأة على مائة درهم، فزوّجه امرأة على ألف درهم ودخل بها، ومهر مثلها ألف درهم، فلها ألف درهم؛ لأنها رضيت بالألف.

٤٢٧٨- ولو أنّ امرأة قالت لرجل: زوّجني على ألف درهم، فزوّجها على مائة درهم ودخل بها، ومهر مثلها ألفا درهم، فلها ألف درهم؛ لأنّ الوكيل لم يزوّجها على ما رضيت به.

٤٢٧٩- ادّعى على امرأة أنّ هذه امرأته، تزوّجها في غرّة كذا شهر، وأقام على ذلك بيّنة، وأقامت المرأة بيّنة أنه أقرّ بعد هذا التاريخ بثلاثة أشهر أنها حرام عليه، وأنها ليست بامرأته إقرارًا صحيحًا، فهذا دفع صحيح حتى يحلف بالله ما أردت به الطلاق، فإن نكل تندفع الخصومة عن المرأة -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

تمّ كتاب النكاح من "المحيط"، ويتلوه كتاب النفقة

كتاب النفقة

هذا الكتاب يشتمل على خمسة فصول

الفصل الأول : في بيان من يستحق النفقة من الزوجات ومن لا يستحق

الفصل الثاني : في نفقة المطلقات

الفصل الثالث : في نفقة ذوي الأرحام

الفصل الرابع : في نفقات أهل الكفر

الفصل الخامس : في نفقات المماليك، وإنه أنواع : منها : في بيان استحقاق نفقة المماليك

بسم الله الرحمن الرحيم

الأصل فى نفقة الزوجات قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾[1]، وفى قراءة ابن مسعود رضى الله عنه: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ وَأَنفِقوا عَلَيْهِنَّ﴾، وقراءته لا بدّ وأن تكون مسموعة عن رسول الله ﷺ فدلّ ذلك على وجوب النفقة، وقال النبى عليه الصلاة والسلام: «أوصيكم بالنساء خيرًا» -إلى أن قال- فإنّ لهنّ عليكم نفقتهنّ وكسوتهنّ بالمعروف»[2]، وقال عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبى سفيان: «خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»[3].

والمعنى فيه: أنّ المرأة محبوسة عند الزوج لمنفعة تعود على الزوج فيكون كفايتها من مال الزوج، كالقاضى لما حبس نفسه لعمل المسلمين كانت نفقته فى بيت مال المسلمين، وكعامل الصدقات لما حبس نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته فى مالهم، كذا ههنا.

---

(١) الطلاق: ٦.

(٢) أخرج معنى الحديث الترمذى: ١٠٨٣، وابن ماجه: ١٨٤١.

(٣) أخرجه البخارى: ٤٩٤٥، ومسلم: ٣٢٣٣، والنسائى: ٥٣٢٥، وأبو داود: ٣٠٦٥، وابن ماجه: ٢٢٨٤.

الفصل الأول
في بيان من يستحق النفقة من الزوجات ومن لا يستحق

٤٢٨٠- وهو يشتمل على أنواع: نوع منه: قال: وإذا تزوّج الرجل امرأة كبيرة، وطلبت النفقة وهي في بيت الأب بعد، فلها ذلك إذا لم يكن يطالبها الزوج بالنقلة؛ لأنّ النفقة مستحقة لها على الزوج لما ذكرنا من الدلائل، وكل واحد يمكن من المطالبة بحقه، وهذا لأنّ النفقة حق المرأة، والانتقال حق الزوج، فإذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه، وهذا لا يوجب بطلان حقها. وقال بعض المتأخرين من أئمة بلخ: لا تستحق النفقة إذا لم تزف إلى بيت زوجها، والفتوى على جواب الكتاب[1].

٤٢٨١- فإن كان الزوج قد طالبها بالنقلة، فإن لم تمتنع عن الانتقال إلى بيت الزوج، فلها النفقة أيضًا، وأما إذا امتنعت عن الانتقال فإن كان الامتناع بحق، بأن امتنعت لتستوفي مهرها، فلها النفقة؛ لأنّ إيفاء المهر واجب على الزوج، ولها حق حبس نفسها عن الزوج إلى أن تستوفي المهر، فلما حبست نفسها بسبب منعه مهرها، فيكون فوات الاحتباس محالا على الزوج، فلايسقط حقها في النفقة، كالفرقة إذا جاءت من قِبل الزوج قبل الدخول بها، لا يسقط حقها عن المهر، كذا ههنا.

٤٢٨٢- فأما إذا كان الامتناع بغير حق، بأن كان أوفاها المهر، أو كان المهر مؤجلا، أو وهبته منه، فلا نفقة لها؛ لأنّ فوات الاحتباس ههنا لمعنى من جهتها، والنفقة بإزاء الاحتباس على ما بين؛ ليجازي[2] بمنع ما بإزاء الاحتباس وهي النفقة، ألا ترى أنّ الفرقة إذا جاءت من قِبلها قبل الدخول بها، تجازى بمنع جميع البدل وهو المهر، كذلك ههنا.

٤٢٨٣- قال: وإن كانت المرأة صغيرة، فإن كان مثلها يوطأ، وتصلح للجماع، فلها النفقة، وإن كانت مثلها لا توطأ، ولا تصلح للجماع، فلا نفقة لها عندنا، حتى تصير إلى الحالة تطيق الجماع، سواء كانت في بيت الزوج، أو في بيت الأب.

٤٢٨٤- فرّق بين نفقة الزوج، وبين نفقة المملوك، فإنّ نفقة المملوك تجب على المالك، وإن كانت صغيرة لا تصلح للجماع.

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: وجوب الكتاب.

(٢) وفي "ظ": فنجازي.

والفرق: [وهو][1] أنّ نفقة النكاح إنما تجب لسبب الاحتباس المستحق بعقد النكاح، فإنما يجب إذا حصل للزوج منفعة من منافع النكاح على سبيل الخصوص؛ وهذا لأنّ الاحتباس ما كان مطلوبًا بعينه، وإنما كان مطلوبًا لغيره وهو منافع النكاح، فكان المعتبر حصول منافع النكاح على الخصوص، ومنافع النكاح على الخصوص هو الجماع والدواعي إلى الجماع، والصغيرة التى لاتصلح للجماع لا تصلح لدواعي الجماع أيضًا، وكان فوات منفعة الاحتباس لمعنى جاز من جهتها وصار كما لو نشزت، بخلاف ما إذا كانت تصلح للجماع. فأما نفقة المملوك تجب لأجل الملك فقط، وذلك لا يختلف بالصغر والكبر.

٤٢٨٥- قال: وإن كانت المرأة تصلح للجماع، والزوج لا يطيق الجماع، فلها النفقة إذا لم تكن مانعة نفسها؛ لأنّ منفعة الاحتباس ههنا إنما فاتت بمعنى من جهة الزوج، فلا يسقط حقها فى النفقة كما لو حبست نفسها من المهر.

٤٢٨٦- قال: ولو كانا صغيرين لا يطيقان الجماع، لا نفقة لها حتى تصير المرأة إلى الحالة التى تطيق الجماع؛ لأنّ المنع جاء بمعنى من جهتها، وأكثر ما فى الباب أن يجعل المنع من قِبله كلا منع، فالمنع من قِبلها لا يستحق النفقة.

٤٢٨٧- والحاصل من جنس هذه المسائل: أنه ينظر إلى المرأة إذا كانت لا تصلح للجماع، لا نفقة لها سواء كان الزوج يطيق الجماع، أو لا يطيق، وإن كانت المرأة تطيق الجماع فلها النفقة، سواء كان الزوج يطيق الجماع أو لا يطيق، وعن هذا قلنا: إنّ المجبوب إذا تزوّج امرأة صغيرة لاتصلح للجماع، لا يفرض لها النفقة، ولو تزوّج امرأة تصلح للجماع، فلها النفقة وإن كان الزوج لا يقدر على الجماع فى الوجهين جميعًا لهذا المعنى. إذ المرأة فى الفصل الأول لا تصلح للجماع، وفى الفصل الثانى تصلح للجماع، فلها النفقة، فعُلم أنّ العبرة لما قلنا.

٤٢٨٨- ثم الأصل أنّ المرأة إذا كانت كبيرة وهى غير مانعة نفسها عن الزوج بغير حق، تستحق النفقة على الزوج وإن تعذّر وطءها بعارض آخر نحو الرتق، والقرن، والحيض، والمرض، سواء حصل هذا العارض فى بيت الأب قبل الانتقال إلى بيت الزوج، أو حصل بعد ما انتقلت إلى بيت الزوج.

٤٢٨٩- حتى إنّ المرأة الكبيرة إذا مرضت فى بيت الزوج يقدر الزوج معه على الجماع، تستحق النفقة استحسانًا، وكذلك الكبيرة إذا مرضت فى بيت الزوج مرضًا لا يقدر الزوج معه

(١) أثبت من "ف" و "م".

على جماعها، وزفت إلى بيت الزوج، كذلك لو لم تزف إلى بيت الزوج، إلا أنها غير مانعة نفسها من الزوج بغير حق تستحق النفقة.

٤٢٩٠- وكذلك المرأة إذا كانت رَتقاء، أو قَرناء، أو صارت مجنونة، أو أصابها بلاء يمنعها [من الجماع][1]، أو كبرت حتى لا يمكن وطءها بحكم كبرها، كان لها النفقة سواء أصابها بهذه العوارض بعد ما انتقلت إلى بيت الزوج، أو قبل ذلك إذا لم تكن مانعة نفسها من الزوج بغير حق، وهذا الذى ذكرنا فى هذه المسائل جواب ظاهر الرواية.

والوجه فى هذه المسائل: ما ذكرنا أنّ المعتبر فى إيجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعًا مقصودا بالنكاح، وهو الجماع أو الدواعى إلى الجماع، والانتفاع من حيث الدواعى [إلى الجماع][2] فى هذه المسائل حاصل.

٤٢٩١- وروى عن أبى يوسف[3] فى الرتقاء والمريضة التى لا يمكن وطءها[4]، أنه لا نفقة لها قبل أن ينقلها الزوج إلى بيت نفسه، وإن نقلت إلى بيت الزوج من غير رضا الزوج، فللزوج أن يردّها إلى أهلها، فأما إذا نقلها الزوج بنفسه مع علمه بذلك، فليس له أن يردّها بعد ذلك ولها النفقة.

ووجه ذلك: أن التسليم الذى اقتضاه العقد تسليم من غير مانع يمنع من الوطء وذلك غير موجود ههنا، فكان فى التسليم نوع قصور وخلل، فلا تستحق النفقة.

٤٢٩٢- فإذا نقلها الزوج إلى بيته مع علمه بذلك، فقد رضى بالخلل فكان عليه النفقة، فلايجوز ردّها لرضاه بالتسليم القاصر، بخلاف الصغيرة التى لا تصلح للجماع؛ لأنّ هناك النفقة فائتة أصلا، فكان له أن يردّها، فلا تجب نفقتها، أما ههنا بخلافه، حتى لو كانت الصغيرة بحال تصلح لمنفعة الخدمة والاستئناس، فنقلها الزوج إلى بيت نفسه، ليس له أن يردّها وتستحق النفقة عند أبى يوسف، فكأنه اعتبر منفعة الاستئناس على هذه الرواية.

٤٢٩٣- وروى عن محمد فى الرتقاء، أنه لا يلزم الزوج[5] نفقتها قبل أن ينقلها الزوج

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى "ف"، وفى "ب": والانتفاع من حيث الدواعى إلى الجماع، والانتفاع من حيث الدواعى... إلخ.

(٣) وفى "ب": أبى حنيفة.

(٤) وفى "ف" و"م": وطئهما، وكذلك جميع الضمائر فى هذه المسألة.

(٥) وفى "ف": لا يلزم للزوج.

بنفسه إلى بيته كما هو قول أبى يوسف، ثم فرّق أبو يوسف بينما إذا تحوّلت إلى بيت الزوج مريضة، وبينما إذا مرضت فى بيت الزوج، فقال: إذا تحوّلت إلى بيت الزوج مريضة، فللزوج أن يردّها ولا نفقة عليه، وإذا مرضت فى بيت الزوج بعد ما تحولّت إليه صحيحة، فليس له أن يردّها، بل ينفق عليها، إلا أن يتطاول. قال: لأنّ النكاح يعقد للصحبة والألفة، وليس من الألفة أن تمتنع من الإنفاق، أو يردّها بقليل مرض، فإذا تطاول ذلك فهو بمنزلة الرتق الذى لا يزول عادة، فصار كما لو كانت صغيرة لا يجامع مثلها فتسقط نفقتها.

٤٢٩٤- قال: إذا حبست المرأة فى دَين قبل النقلة، فإن كانت فى موضع تقدر على أن تخلى بينه وبين نفسها فلها النفقة، وإن كانت فى موضع لا يقدر الزوج على الوصول إليها، فلا نفقة لها؛ وهذا لأنها إذا قدرت على أن توصل الزوج إلى نفسها، فقد قدر الزوج على الاستمتاع بها، وفوات الاحتباس فى بيت الزوج ما كان من جهتها، فلا يسقط حقها، وأما إذا لم تقدر على أن توصله إلى نفسها، لم يتمكّن الزوج من الاستمتاع بها، فلا تستحق النفقة. وأما إذا حبست بعد النقلة وبعد ما فرض القاضى النفقة لها، لا تبطل نفقتها؛ لأنّ التسليم قد وجد، والمنع حصل بعارض أمر غير مضاف إليها، فلا يؤثر فى إسقاط حقها كالحيض. وهذا كله إذا كانت محبوسة فى دَين لا تقدر على الأداء، وإن قدرت على الأداء فلم تفعل، فلا نفقة لحصول المنع مضافًا إليها، وهذا كله قول أبى يوسف، وهو اختيار القاضى الإمام على السغدى.

٤٢٩٥- وذكر محمد فى "الجامع الكبير" وفى "الأصل": أنها حبست فلا نفقة [لها][1] من غير تفصيل، وذكر الخصّاف فى "أدب القاضى": أنها إذا حبست وكانت قادرة على أداء الدّين أو لم تكن، أو حبست ظلمًا بغير حق، فلا نفقة لها، وكذلك لو هرب بها هارب، لم تستحق النفقة على رواية "الأصل" و"الجامع"، ورواية الخصّاف، وعلى رواية أبى يوسف وهو اختيار الإمام على السغدى، لها النفقة.

والحاصل على رواية "الأصل" و"الجامع" ورواية الخصّاف، المعتبر لسقوط النفقة فوات الاحتباس لا من جهة الزوج، وقد فات الاحتباس ههنا لا من جهة الزوج، هذا هو الصحيح. والمعنى فى ذلك: أنّ النفقة إنما تجب عوضًا عن الاحتباس فى بيت الزوج، فإن كان الفوات لمعنى من جهة الزوج [أمكن أن يجعل ذلك الاحتباس باقيًا تقديرًا، أما إذا كان الفوات لا لمعنى

---

(١) هكذا فى النسخ التى اعتمدنا عليها، وكان فى الأصل: إليها.

من جهة الزوج][1]، لايمكن أن يجعل ذلك الاحتباس باقيًا تقديرًا، وبدونه لا يمكن إيجاب النفقة، وهو نظير ما قلنا في الغاصب: إذا غصب المستأجر من يد المستأجر، لا يجب الأجر على المستأجر لهذا؛ لأنه فات التمكن من الانتفاع لا من جهة المستأجر، كذا ههنا.

٤٢٩٦- قال: وإن حبس الزوج وهو يقدر على الأداء أو لا يقدر، أو حبس ظلمًا، أو هرب، أو نشز، كان لها النفقة؛ لأنّ الاحتباس ههنا فات لمعنى من جهة الزوج.

٤٢٩٧- قال: ولو حجّت المرأة حجّة الإسلام، فإن كان قبل أن تسلّم نفسها، فلا نفقة لها، وإن كان الزوج بنى بها، ثم حجّت مع محرم، فلها النفقة في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا نفقة لها. هكذا ذكر القدوري، وذكر الخصّاف أنه لا نفقة لها، ولم يذكر فيه خلافًا، فيحتمل أن يكون ما ذكر الخصّاف قول محمد رحمه الله تعالى، فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أنّ الزوج لما بنى بها فقد وجد التسليم، والمانع أداء الفرض وهي مضطرّة في ذلك، بخلاف ما لو لم يبن بها؛ لأنّ هناك لم يوجد التسليم أصلا. وجه قول محمد رحمه الله تعالى: أنّ منفعة الاحتباس فات لمعنى من جهة المرأة، فوجب سقوط النفقة لما قلنا قبل هذا، بخلاف ما لو صلّت أو صامت عن رمضان.

٤٢٩٨- فرّع على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فقال: يفرض لها نفقة الإقامة دون السفر، يعني يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر، لا ما كان قيمة له في السفر؛ لأنّ هذه الزيادة بحقها بأداء منفعة تحصل لها، فلا يكون ذلك على الزوج، كالمريضة لا تستحق المداواة على الزوج، وليس على الزوج أن يكترى لها؛ لأنّ هذا ليس من نفقة الحضر، فيكون في مالها، ولو أقامت هناك مدّة لا يحتاج إليها بطلت نفقتها؛ لأنها غير مضطرة في ذلك، فصارت كالناشرة. ولو طلبت من الزوج نفقة مدة الذهاب والمجيء، لم يكن لها ذلك ولكن يعطيها نفقة شهر؛ لأنّ الواجب لها نفقة الإقامة دون السفر، فنفقة الإقامة يفرض لها شهرًا فشهرًا. ثم قال: فإن عادت أخذت ما بقي، هكذا ذكر القدوري. وفيه نظر، فإنّ نفقة الزوجات لا تصير دينًا إلا بالقضاء، أو بالتراضي، على ما نبيّن بعد هذا -إن شاء الله تعالى- ولم يذكر القضاء والرضا ههنا، فكانت المسألة مؤوّلة.

٤٢٩٩- قال: فإن حجّ الزوج معها، فلها النفقة على الزوج بالاتفاق، ولكن تجب نفقة الحضر، ولا تجب على السفر[2]، ولا مؤنة السفر؛ لما قلنا.

---

(١) أثبت من جميع النسخ التي توفرت لنا.

(٢) وفي "ظ": ولا تجب غلاء السعر.

وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنّ المرأة إذا أرادت حجّة الإسلام، يؤمر الزوج أن يخرج معها فى حجّتها، وينفق عليها.

٤٣٠٠- قال: وإذا تزوّج الحرّ، أو العبد، أو المكاتب، أو المدبِّر أَمَة رجل، كان لها على الزوج النفقة بقدر ما يكفيها، لكن بعد ما بوّأها بيتًا، أما بدون التبوئة لا تستحق النفقة. وتفسير التبوئة: أن يخلى المولى بين الأمَة وزوجها فى منزل الزوج ولا يستخدمها؛ وهذا لأنّ المعتبر فى استحقاق النفقة توفيتها نفسها للقيام بمصلحة الزوج، وذلك لا يحصل إلا بما قلنا.

٤٣٠١- قال فى الكتاب: وكذلك العبد، أو المكاتب، أو المدبِّر، إذا تزوّج امرأة حرّة، وقد بوأت معه بيتًا يفرض عليه نفقتها، فقد شرط التبوئة فى الحرة [أيضًا، وهذا لا يكاد يصحّ؛ لأنّ الحرّة][1] مهيّأة للقيام بمصالح الزوج، إذ ليس ههنا من يستخدمها ويمنعها من الزوج بخلاف الأمَة، فينبغى أن تستحق الحرّة النفقة فى هذه المسائل إذا لم تكن مانعة نفسها من الزوج، وإن لم توجد التبوئة. ألا ترى أنّ الحرّ إذا تزوّج حرّة تستحق النفقة وإن لم توجد التبوئة، إذا لم تكن مانعة نفسها من الزوج، كذا ههنا.

٤٣٠٢- قال: والمدبَّرة وأمّ الولد نظير الأمَة، إذ المعنى لا يوجب الفصل بينهنّ، ثم قال: والتبوئة غير واجبة على المولى؛ لأنّ حق المولى فى الاستخدام باقٍ، فلو كلّفنا المولى التبوئة، فقد أبطلنا حقه فى الاستخدام، وهذا مما لا وجه له ولا سبيل إليه.

٤٣٠٣- قال: ولو بوّأها ثم بدا له أن يستخدمها فله ذلك؛ لما ذكرنا أنّ حق المولى فى الاستخدام باقٍ، فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالإنكاح، ثم إذا استخدمها المولى بعد ذلك، ولم يحل بينها وبين الزوج، فلا نفقة لها؛ لأنه فات ما كان يجب به نفقتها، وهو التبوئة من جهة من له الحق، فشابهت الحرّة الناشزة.

٤٣٠٤- قال: ولو بوّأها المولى وكانت تسير إلى المولى فى بعض الأوقات، تخدمه من غير أن يستخدمها، لم تسقط نفقتها؛ لأنّ التبوئة ما فات من جهة المولى، والنفقة إنما تجب حقًا للمولى، فلا تسقط بصنع يوجد من غير المولى، بخلاف ما إذا استخدمها المولى؛ لما مرّ.

٤٣٠٥- قال: ولو جاءت إلى بيت المولى فى وقت، والمولى ليس فى البيت، فاستخدمها أهل المولى، ومنعوها من الرجوع إلى بيته، فلا نفقة لها؛ لأنّ استخدام أهل المولى إيّاها بمنزلة استخدام المولى، وفيه تفويت التبوئة.

---

(١) أثبت من جميع النسخ الموجودة عندنا.

٤٣٠٦- قال : وإذا تزوّجت المكاتبة بإذن المولى ، فهى كالحرّة ، ولا تحتاج إلى التبوئة لاستحقاق النفقة ؛ لأنّ منافعها على حكم ملكها لصيرورتها أخصّ بنفسها ، ومنافعها بعقد الكتابة ، ولهذا لم يبقَ للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرّة ، فلايحتاج فى حقها إلى التبوئة . وهذه المسألة تؤيد ما ذكرنا فى الحرّة إذا كانت تحت عبد ، أو مكاتب ، أو مدبّر .

٤٣٠٧- ثم فرع على مسألة العبد ، فقال : إذا تزوّج العبد بإذن المولى ، وفرض القاضى عليه النفقة ، فالنفقة تتعلّق بماليّة رقبته ؛ لأنّ دَين النفقة ظهر فى حق المولى ؛ لأنّ سببه وهو النكاح كان برضى المولى ، وإذا اجتمع عليه من النفقة ما يعجزه عن الأداء ، يباع فيه إلا أن يفديه المولى ، ثم إذا اجتمع عليه النفقة مرّة أخرى ، يباع العبد ثانيًا .

٤٣٠٨- قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى : وليس بشىء من ديون العبد ما يباع فيه مرّة أخرى بعد مرّة إلا النفقة ؛ وهذا لأنّ النفقة يتجدّد وجوبها بمضى الزمان ، وذلك فى حكم دَين حادث ، ولا كذلك فى سائر الديون ، قال : فإن مات العبد بطل ما اجتمع عليه من النفقة ، لايؤاخذ المولى بشىء ؛ لأنه محلّ الاستيفاء ، وقد فات .

٤٣٠٩- قال : وإن قتل العبد كانت النفقة فى قيمته ، قال الشيخ الإمام أبو الحسن القدورى رحمه الله تعالى فى شرحه : هذا ليس بصحيح ، وإنما الصحيح أن يسقط ؛ لأنّ النفقة تسقط بالموت ، لأنّ النفقة فى معنى الصلة على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- والصلات تبطل بالموت قبل القبض ، والقيمة إنما تقام مقام الرقبة فى دين لم يسقط بالموت لا فى دين يسقط بالموت .

٤٣١٠- هذا الذى ذكرنا فى العبد ، أما المدبّر إذا تزوّج بإذن المولى ، فالنفقة تتعلّق بكسبه؛ لأنّ الاستيفاء من الرقبة ههنا متعذّر لعدم جواز بيعه ، فيتعلّق بكسبه كسائر الديون ، وكذلك نفقة امرأة المكاتب تتعلّق بكسبه ما دام مكاتبا ؛ لتعذّر الاستيفاء من الرقبة ، فإذا عجز بيع فيها ؛ لإمكان الاستيفاء من الرقبة بعد العجز ، وهذا الذى ذكرنا[1] إذا تزوّج العبد ، أو المكاتب ، أو المدبّر بإذن المولى .

٤٣١١- وأما إذا تزوّجوا بغير إذن المولى ، فلا نفقة عليهم ولا مهر ؛ لأنّ وجوب النفقة عليهم والمهر يعتمد صحّة العقد ، ونكاح هؤلاء بغير إذن المولى لا يصح ، فإن عتق واحد منهم جاز نكاحه حين عتق ؛ لسقوط حق المولى ، ويجب عليه المهر والنفقة فى المستقبل .

٤٣١٢- قال : والمعتق البعض عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى بمنزلة المكاتب ، وعندهما

---

(١) وفى "ب" : وهذا الذى ذكرنا لا يصح .

بمنزلة حرّ عليه دين، بناء على أنّ الإعتاق عندهما لا يتجزّأ، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتجزّأ، فكان بمنزلة المكاتب، إلا أنّ الرد في الرق بالعجز ههنا لا يتصوّر، وفي المكاتب يتصوّر، أما قبل العجز حالهما واحدة

قال: وإذا زوّج الرجل أمته من عبده، وبوّأها بيتًا أو لم يبوئ، فنفقتها على المولى؛ لأنهما جميعًا ملك المولى، ونفقة المملوك على المالك، وسيأتي الكلام في نفقة المماليك بعد هذا-إن شاء الله تعالى-.

٤٣١٣- قال: وإن زوّج الرجل أَمَته من عبده وطلبت النفقة، كان لها النفقة على العبد؛ لأنّ النفقة في معنى سائر الديون من وجه، والابنة تستحق الدّين على الأب، فكذا على عبد الأب.

٤٣١٤- قال: وإذا كان للرجل نسوة بعضهنّ حرائر مسلمات، وبعضهنّ إماء أو ذمّيات، فهنّ في النفقة سواء؛ لأنّ النفقة مشروعة الكفاية، وذلك لا يختلف باختلاف الدّين، والرّق، والحريّة، إلا أنّ الحرّة تستحق نفقة خادمها على ما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- والأمة لا؛ لأنّ الحرّة تستخدم الأَمَة، فأما الأَمَة خادمة في نفسها فلا تستحق نفقة الخادم.

٤٣١٥- قال: ولا نفقة في النكاح الفاسد، ولا في العدّة منه؛ لأنه لم يحصل للزوج بهذا الاحتباس منفعة من منافع النكاح، وهو الوطء أو الدواعي؛ لأنه ممنوع شرعًا، فصار بمنزلة الصغيرة التي لا تجامع مثلها.

٤٣١٦- قال: ولو كان النكاح صحيحًا من حيث الظاهر ففرض القاضي لها النفقة، وأخذت ذلك شهرًا، ثم ظهر فساد النكاح، بأن شهد الشهود بأنها أخته من الرضاع، وفرّق القاضي بينهما رجع الزوج على المرأة بما أخذت؛ لأنه تبيّن أنها أخذت ذلك بغير حق. وهذا إذا فرض القاضي لها النفقة، أما إذا أنفق الزوج عليها مسامحة من غير فرض القاضي لم يرجع عليها بشيء، هكذا ذكر الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله تعالى في "شرح أدب القاضي" للخصّاف.

٤٣١٧- وذكر في الحاوي في الفتاوى: أنّ الرجل إذا اتُّهم بامرأة، وظهر بها حبل، فزوّجت من هذا الرجل، فإن لم يقرّ هذا الرجل بأن هذا الحبل منه، فإن النكاح فاسد عند أبي يوسف رحمه الله تعالى فلا تستحق النفقة، وعندهما النكاح صحيح فتستحق النفقة. وذكر في موضع آخر: أنّ على قولهما لا تستحق النفقة أيضًا؛ لأنّ النكاح وإن كان صحيحًا عندهما،

إلا أنّ الزوج ممنوع عن وطءها . وأما إذا أقرّ الزوج أنّ الحبل منه فالنكاح صحيح بالاتفاق، وهو غير ممنوع عن وطءها، فتستحق النفقة [عند الكل][(١)] .

٤٣١٨- في فتاوى النسفي رحمه الله تعالى : في منكوحة تزوّجت بزوج آخر، ودخل بها الزوج الثاني، وفرّق بينهما حتى وجبت العدّة، ففي الحالة التي تعتدّ لا نفقة لها، لا على الزوج الأول ولا على الزوج الثاني . أما على الزوج الثاني ؛ فلأنّ نكاح الثاني فاسد، وأما على الزوج الأول ؛ فلأنها صارت ناشزة عن الأول، فلا تستحق النفقة عليه .

٤٣١٩- وقال : ولا نفقة للناشزة ما دامت على تلك الحالة ؛ لأنها إنما تستحق النفقة بتسليمها نفسها إلى الزوج، وتفريغها نفسها لمصالح الزوج، فإذا امتنعت عن ذلك صارت ظالمة، فقد فوّتت ما كان تستحق النفقة باعتباره، فلا يجب لها النفقة .

وقد صحّ أنّ شريحًا رضي الله تعالى عنه سئل أنّ الناشزة هل تستحق النفقة؟ فقال : نعم، فقيل : كم؟ فقال : جوالق من تراب، يعني لا نفقة لها، ثم فسّر الخصّاف الناشزة، فقال : الناشزة : الخارجة عن منزل زوجها، المانعة نفسها منه ؛ لأنها إذا كانت مقيمة مع الزوج في منزله، فالظاهر أنّ الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها، فلا يوجب ذلك بطلان نفقتها .

٤٣٢٠- وكذلك لو كان المنزل ملكًا للمرأة، فالزوج يسكن معها فيه، فمنعته من الدخول عليها، لم يكن لها نفقة ما دامت على تلك الحالة ؛ لأنها لما منعته عن الدخول عليها، فقد حبست نفسها، فصار كأنها نشزت [نفسها][(٢)] إلى موضع آخر .

٤٣٢١- قال في الكتاب : إلا أنّ تكون سألته أن يحوّلها إلى منزله، أو يكترى لها منزلا آخر يصيّرها فيه، وتقول : إنّي محتاجة إلى منزلي، ومنعته من الدخول عليها، فلها ذلك وعليه النفقة ؛ لأنّ منفعة الاحتباس ههنا إنما فاتت لمعنى من جهة الزوج، فلا يوجب بطلان النفقة . ثم في كل موضع تسقط نفقة المرأة لأجل النشوز، لو ترك النشوز كان لها النفقة ؛ لأنّ المسقط للنفقة هو النشوز، فإذا ترك النشوز ارتفع المسقط، فصار الحال بعد ترك النشور كالحال قبل النشور .

وذكر في "الفتاوى" : سئل عن من أوفى مهر امرأته، وهو يسكنها في أرض الغصب، فامتنعت هي منه؟ قال : لها النفقة ؛ لأنها محقّة وليست بناشزة .

٤٣٢٢- وإذا تغيّبت المرأة عن زوجها، أو أبت أن تتحوّل معه إلى منزله، أو حيث يريد

---

(١) أثبت من النسخ الموجودة عندنا .

(٢) هكذا في "ظ" .

من البلدان، وقد أوفاها مهرها، فلا نفقة لها عليه؛ لأنها مبطلة في هذا المنع، فكانت ناشزة. وإن كان لم يعطِها مهرها، وباقي المسألة بحالها فلها النفقة؛ لأنها محقّة في هذا [المنع][1]، هذا إذا لم يدخل بها، وإن دخل بها فكذلك الجواب في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي قولهما لا نفقة لها، سواء أوفاها المهر أو لا، وهذا بناء على أنّ بعد ما دخل الزوج بها ليس لها أن تمنع نفسها، حتى يوفّيها الزوج المهر عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لها ذلك، وكانت مبطلة في هذا المنع عندهما فلا نفقة لها.

٤٣٢٣- قال الفقيه أبو القاسم الصفار رحمه الله تعالى: هذا كان في زمانهم، أما في زماننا لا يملك الزوج أن يسافر بها وإن أوفى صداقها؛ لأنّ في زمانهم الغالب من حال الناس الصلاح، وأما في زماننا فسد الناس، فالمرأة إذا كانت بين عشيرتها، فالزوج لا يقدر أن يظلمها، ومتى نقلها إلى بلد آخر ظلمها، فقيل له: هل له أن يخرجها من البلد إلى القرية أو على العكس؟ قال: ذلك ليس بسفر، وإخراجها إلى بلد آخر سفر.

نوع آخر في كسوة المرأة:

٤٣٢٤- الأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُوْدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوْفِ﴾[2]، والمعنى الذي أوجب النفقة للمرأة على الزوج. وهو كونها محبوسة في بيت الزوج لمنفعة تعود إلى الزوج، يوجب الكسوة أيضًا على الزوج إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله تعالى في الكتاب: الكسوة للمرأة على المعسر في الشتاء درع سهودي[3]، وملحفة زطي، وخمار سابري كأرخص ما يكون مما يدنوها، وعلى الموسر في الشتاء درع سهودي أو هروي، وملحفة بريريّة[4]، وخمار إبريسم، وكساء أفغاني، ولها في الصيف درع سابري، وملحفة كتان، وخمار إبريسم. فقد أوجب لها في الشتاء أكثر مما يوجب لها في الصيف؛ لأنّ الحاجة في الشتاء إلى الكسوة لدفع أذى البرد، وفي الصيف لدفع أذى الحرّ، ويحتاج لدفع أذى البرد ما لا يحتاج لدفع أذى الحرّ.

وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": للمرأة الدرع، والخصّاف ذكر القميص،

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: الموضع.

(٢) البقرة: ٢٣٣.

(٣) وفي "ب" و"م": يهودي.

(٤) وفي "ظ": بروزية.

وهما سواء، غير أنّ الدرع ما يلبسه النساء وهو أن يكون مجيّبا من قبل الصدر، والقميص ما يكون مجيبًا من قِبل الكتف، فتوسّع الخصّاف وأجاز ذلك للنساء، وذكر الملحفة وتكلّموا فى تفسيرها، قال بعضهم: غطاء الليل يلبس فى الليل، وقال بعضهم: الملاءة التى تلبسها المرأة عند الخروج. وقال الخصّاف فى كتابه: الملحفة تشبه الرداء، غير أنّ الملحفة أعرض من الرداء، فيكون أستر للمرأة، ثم لم يوجب للمرأة الإزار. والخصّاف رحمه الله تعالى أوجب لها الإزار فى كسوة الشتاء لا فى كسوة الصيف. ومحمد رحمه الله تعالى لم يوجب لها إزار أصلا، قال شمس الأئمة السرخسى: إنما لم يوجب محمد رحمه الله تعالى ذلك، باعتبار أنّ الإزار إنما يحتاج إليه للخروج، والمرأة منهيّة عن الخروج مأمورة بأن تكون مهيأة لنشاط الزوج، فلا يكون لها على الزوج أن تتخذ ما يحول بينها وبين حقه، فهذا التعليل إشارة إلى أنه لا يفرض لها الإزار فى ديارنا أيضًا.

وقال غيره من المشايخ رحمهم الله تعالى: هذا بناء على عرف ديارهم، فإنّ فى عرف ديار محمد، المرأة تمكث فى بيت الزوج بلا سراويل، وتلبس درعًا طويلا. وفى عرف ديار الخصّاف (وهى ديار العراق) تمكث المرأة مع السراويل، لكن فى الصيف لا يمكنهنّ ذلك؛ لشدّة الحرّ، وفى الشتاء يمكنهنّ، فهذا فى عرف [ديارهم. أمّا فى عرف][1] ديارنا فيجب لها الإزار، وثياب آخر تحتاج إليها فى الشتاء نحو الجبّة وما أشبه ذلك، ولم يوجَب للمرأة الكعب والخف؛ لأنّ كل واحد منهما آلة الخروج، والمرأة لا تحتاج إلى الخروج والبروز.

٤٣٢٥- قال: ويجب لها فى الشتاء لحاف، أو قطيفة إن لم تكن تحتمل لحافًا، وكذلك يجب لها فراش تنام عليه؛ لأنّ النوم على الأرض ربما يؤذيها ويمرضها، وهو منهى عن إلحاق الضرر والأذى بها. قال فى الكتاب: ويجعل لها القاضى ما تنام عليه؛ لأنّ النوم على الأرض ربما يؤذيها مثل الفراش أو المضربة، والمرفقة فى الشتاء لحافًا تتغطى به، ذكر لها فراشا على حدة، ولم يكتف بالفراش الواحد؛ لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «الفراش ثلاثة فراش لك وفراش لأهلك والثالث للشيطان»[2]، ثم ما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب من الثياب، وهو بناء على عادتهم، وذلك يختلف باختلاف الأمكنة فى شدّة الحر والبرد،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى رواية مسلم: ٣٨٨٦: أن رسول الله ﷺ قال: «فراش للرجل وفراش لامرأته والثالث للضيف والرابع للشيطان»، وكذا فى النسائى: ٣٣٣٢، وكذا فى مسند أحمد فى مسند جابر رضى الله عنه الحديث رقمه: ١٣٦١٠.

وباختلاف العادات فيما يلبسه الناس فى كل وقت، فيجب على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فيما يفرض فى كل وقت ومكان .

نوع آخر فى فرض القاضى نفقة المرأة وكسوتها:

٤٣٢٦- قال : وإذا طالبت المرأة زوجها بالنفقة وهى امرأته على حالها، أو قالت : إنه يضيق علىّ ويضرّنى، فالقاضى يأمره بالنفقة عليها؛ لأنّ الله تعالى أمر الزوج بالإمساك بالمعروف [قال الله تعالى : ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾(١)](٢) وليس من المعروف ترك التوسيع فى النفقة، والزوج هو الذى يلى الإنفاق إلا أن يظهر للقاضى مظلمة، وظلمه أنه يضربُها ولا ينفق عليها، فحينئذٍ يفرض القاضى لها نفقة عليه فى كل شهر، ويأمره أن يعطيها لتنفق هى على نفسها نظراً لها، فإذا لم يعطها وقدّمته مراراً، ولم يقبل نصح القاضى، ولم ينجح فيه وعظه، حبسه القاضى؛ لظهور مظلمته وظلمه، وسيأتى الكلام فى الحبس(٣) بعد هذا -إن شاء الله تعالى- .

٤٣٢٧- قال : إذا طلبت المرأة من القاضى أن يفرض لها نفقة على الزوج، فالمسألة على وجهين : إما إذا كان الزوج حاضراً، أو غائبًا، فإن كان حاضراً، وكان الزوج [صاحب مائدة](٤)، فالقاضى لا يفرض لها النفقة وإن طلبت؛ لأنها متعنّتة فى طلب النفقة، لأنّ الرجل إذا كان بهذه الصفة ينفق على من ليس عليه نفقته، فلايمتنع من الإنفاق على من عليه نفقتها، فلا يفرض لها النفقة، إلا إذا ظهر للقاضى أنه يضربها ولا ينفق عليها، فحينئذٍ يفرض لها النفقة .

٤٣٢٨- وإن لم يكن الزوج صاحب مائدة، فالقاضى يفرض لها النفقة كل شهر، وأمره أن يعطيها، هكذا ذكر فى الكتاب، وعلى قياس المسألة الأولى ينبغى أن يكون الزوج هو الذى يلى الإنفاق، إلا إذا ظهر للقاضى مطل الزوج وظلمه على ما ذكرنا، فحينئذٍ يفرض .

٤٣٢٩- قال : وليس فى النفقة عندنا تقدير لازم؛ لأنّ المقصود من النفقة الكفاية، وذلك مما يختلف فيه طباع الناس، وأحوالهم يختلف باختلاف الأوقات، ففى التقدير بمقدار

---

(١) البقرة : ٢٣١ .

(٢) أثبت من جميع النسخ التى توجد عندنا .

(٣) وفى "ف" و "ب" : وفى هذا الجنس بعد هذا . . . إلخ .

(٤) هكذا فى النسخ التى اعتمدنا عليها، وكان فى الأصل : حاضراً .

إضرار بأحدهما ، والذى قال فى الكتاب : إن كان الزوج معسراً فرض لها القاضى من النفقة كل شهر أربعة دراهم ، فهذا ليس بتقدير لازم ؛ لأنّ هذا يختلف باختلاف الأسعار فى الغلاء والرخص ، واختلاف المواضع ، واختلاف الأوقات ، فكان فى التقدير بالدراهم إضراراً بأحدهما ، فلا يعتبر ذلك ، إلا أنّ محمداً رحمه الله تعالى ذكر التقدير بالدراهم ، بناء على ما شاهد فى زمانه .

٤٣٣٠- فأما الذى يحق على القاضى فى زماننا ، فاعتبار الكفاية بالمعروف فيما يفرض فى كل وقت ومكان ، والأصل فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لهند : «خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»[١] ، والمعنى فى ذلك : أنّ فى النفقة معنى الصلة ، والصلات شرعت على وجه تكون كافية نظراً من الجانبين ، والنظر من الجانبين[٢] أن يتقيّد بالمعروف بلا سرف ولا تقتير .

٤٣٣١- قال : وكما يفرض لها القاضى قدر الكفاية من الطعام فكذا من الإدام والدهن ، أما الإدام فلأنّ الخبز لا يتناول عادة إلا بإدام ، وأما الدهن فلأنه لا يستغنى عنه خصوصًا فى زمان الحرّ ، فهو من أصول الحوائج .

قال : والجواب فى الكسوة كالجواب فى النفقة ، يريد به أنّ القاضى يفرض لها من الكسوة فى الشتاء والصيف ، ما يكفيها بالمعروف ؛ لقوله تعالى : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُوْدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوْفِ﴾[٣] ، والمعنى فيه : أنّ بقاء النفس عادة بهما ، والحاجة إلى ذلك مختلف باختلاف الأوقات[٤] ، فيقضى لها فى كل وقت ما تحتاج إليه بالمعروف ، غير أنّ الكسوة تفرض لها فى كل ستة أشهر ؛ لأنّ حاجتها إلى الكسوة مما يختلف باختلاف الشتاء والصيف ، فيقضى بها فى كل فصل بقدر الحاجة . والنفقة تفرض لها فى كل شهر وتدفع إليها ؛ لأنه يتعذّر على القاضى أن يفرض لها النفقة كل ساعة ، ويتعذّر عليه أن يفرض لها فى جميع مدة النكاح ؛ لأنّ ذلك مجهول ، فقدّرنا لكل شهر ؛ لأنه أدنى[٥] الآجال المعتادة فيما بين الناس .

٤٣٣٢- فرّع على هذا فقال : إذا فرض القاضى لها نفقة شهر ، فلم يدفع الزوج ذلك

---

(١) قد تقدم تخريج الحديث قريبًا .

(٢) وفى النسخ التى عندنا : والنظر للجانبين .

(٣) البقرة : ٢٣٣ .

(٤) وفى "ف" : باختلاف الصيف والشتاء .

(٥) وفى "ف" و "م" : لأنه أقل الآجال .

إليها، فأرادت المرأة أن تطلب كل يوم، فإنما تطلب عند المساء؛ لأنّ حصة كل يوم معلوم، فيمكنها المطالبة بذلك، ولا كذلك فيما دون اليوم؛ لأنه مقدّر بالساعات، فلا يمكن اعتبارها.

٤٣٣٣- قال شمس الأئمة السرخسي في شرحه: ما ذكر محمد رحمه الله تعالى: أنّ النفقة تفرض لها شهرًا فشهرًا، فليس بتقدير لازم، إنما ذلك بناء على عاداتهم، وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: يعتبر في ذلك حال الرجل، فإن كان محترفًا يفرض عليه النفقة يومًا فيومًا، وإن كان من التجار يفرض عليه النفقة شهرًا فشهرًا، وإن كان من [الدهاقين يفرض عليه النفقة سنَة فسنَة؛ لأنّ تيسّر الأداء على الدهاقين][1] عند إدراك الغلة في كل سنة، وتيسير الأداء على [التاجر عند اتخاذ غلة الحوانيت ونحوها في كل شهر، وتيسيرا على الأداء على][2] المحترف بالاكتساب كل يوم. ثم في ظاهر رواية الأصل: المعتبر في[3] فرض النفقة حال الزوج في اليسار والعسار، وهكذا ذكر في "شرح القدوري"؛ وهذا لقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُه وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُه﴾[4]، وقال الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُوْ سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ﴾[5]، وقال الله تعالى: ﴿وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلا مَا آتَاهَا﴾[6].

٤٣٣٤- وذكر الخصّاف في النفقات: أنه يعتبر حالهما في اليسار والعسار، حتى لو كانا موسرين كان لها نفقة الموسرين، وإن كانا معسرين فلها نفقة المعسرين، وإن كانت موسرة والزوج معسر، يفرض لها [فوق][7] ما يفرض لو كانت معسرة، فيقال له: لا تكلف لأن تطعمها خبز البر وباحة أو باحتين. وإن كان الزوج موسرًا مفرط اليسار، نحو أن يأكل الحلو [واللحم][8] المشوي، والباحات، والمرأة فقيرة كانت تأكل في بيتها خبز الشعير، لا يؤخذ[9]

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبت من "ظ" و"م".

(٣) وفي "م": في كل فرض.

(٤) البقرة: ٢٣٦.

(٥) الطلاق: ٧.

(٦) نفس الآية السابقة.

(٧) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها جميعًا.

(٨) هكذا في "ب"، وكان في باقي النسخ التي عندنا: الحمل.

الزوج أن يطعمها ما يأكل بنفسه، ولا ما كانت المرأة تأكل فى بيت أهلها، ولكن يطعمها فيما بين ذلك، يطعمها خبز البر وباحة أو باحتين، فهذا هو معنى اعتبار حالهما.

وإشارات الخصّاف فى "أدب القاضى" متعارضة، فى بعضها يشير إلى أنه يعتبر حال الزوج، وفى بعضها يشير إلى أنه يعتبر حالهما، قال مشايخنا: والمستحب للزوج إذا كان موسرًا مفرط اليسار والمرأة فقيرة، أن يأكل معها ما يأكل بنفسه؛ لأنه مأمور بحسن العشرة معها، وذلك فى أن يؤاكلها لتكون نفقته ونفقتها سواء.

قال فى الكتاب: وكل جواب عرفته فى فرض النفقة من اعتبار حال الزوج واعتبار حالهما فهو الجواب فى الكسوة، إذ المعنى لا يختلف.

٤٣٣٥- قال: وإذا فرض القاضى للمرأة ما تحتاج إليه من الدقيق وسائر المؤن، فقالت: أنا لا أعمل، ولا أطبخ، ولا أخبز، ولا أعالج شيئًا منها، فإنها لا تجبر على ذلك، فعلى الزوج أن يأتيها [وذلك][1] بمن يكفيها عمل الطبخ والخبز وما أشبه ذلك؛ وهذا لأنّ الواجب لها على الزوج الطعام، قال الله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾[2]، والطعام ما يمكن تناوله، والدقيق والحنطة مما لا يمكن تناولهما، فيجب على الزوج أن يجعل الحنطة والدقيق مهيّأتين، وذلك بالطبخ والخبز، هكذا ذكر الخصّاف فى "أدب القاضى" [فى النفقات][3].

٤٣٣٦- قال الفقيه أبو الليث [فى "نكاح الفتاوى"][4]: هذا إذا كانت المرأة بها علّة لا تقدر على الطبخ والخبز، أو كانت المرأة من بنات الأشراف، أما إذا كانت المرأة تقدر على ذلك الأعمال وهى ممن تخدم بنفسها، لا يجب على الزوج أن يأتيها بمن يعمل هذه الأعمال؛ لأنها [متعنّتة][5] فى ذلك.

٤٣٣٧- وقال شمس الأئمة السرخسى: إذا امتنعت المرأة من الطبخ والخبز وأعمال

---

(٩) وفى "ب": لا يوجب على الزوج أن يطعمها... إلخ.

(١) هكذا فى "ب".

(٢) المائدة: ٨٩.

(٣) هكذا فى "ف"، وفى "م" و"ظ": والنفقات، وكان فى الأصل: فى "المنتقى".

(٤) أثبت من "ف" و"ب" و"م".

(٥) هكذا فى "ظ"، وكان فى "ب" و"ف" و"م": متعينة.

البيت، كان للزوج أن يمتنع من الإدام أيضًا، ويعطيها خبز البر ما يمكن أكلها وحده، ويقول: هو طعام، وليس عليّ سوى الطعام، وكذلك إذا طلبت الفواكه كان للزوج أن يمتنع عن بعض الفواكه، وإن أعطاها خبز الشعير لا بدّ من الإدام؛ لأنه لا يمكن تناوله، ولكن لا يجبر على ذلك فى الحكم، ومتى أقامت الأعمال فى البيت فالزوج يؤدى هذه الأشياء إليها، ويؤمر بذلك ديانة لا جبرًا وحكمًا.

ثم على ظاهر الرواية فرّق بين نفقة المرأة وبين نفقة خادمتها، فإنّ خادمتها إذا امتنعت عن هذه الأعمال، لا تستحق النفقة على زوجة مولاتها. والفرق وهو أنّ نفقة الخادم إنما تجب بإزاء الخدمة، فإذا امتنعت عن هذه الأعمال لم يوجد ما تستحق هى النفقة بمقابلتها، وأما نفقة المرأة إنما تجب بأداء التمكين وقد مكّنت، فلا يجب عليها هذه الأعمال.

٤٣٣٨- هذا الذى ذكرنا كله إذا كان الزوج حاضرًا، فأما إذا كان الزوج غائبًا، وله مال حاضر فى بيته، فطلبت من القاضى أن يفرض لها النفقة، فإن كان القاضى يعلم بالنكاح بينهما، فرض لها النفقة فى ذلك المال؛ لأنّ هذا إبقاء لحق المرأة وليس بقضاء على الزوج بالنفقة؛ لأنّ النفقة واجبة على الزوج بحكم الزوجيّة قبل قضاء القاضى، والقاضى عرف قيام الزوجيّة هنا. إنما الحاجة إلى [الإيفاء والاستيفاء و][1] الإبقاء لا يمتنع بسبب الغيبة، ألا ترى أنّ من أقرّ بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين، فطلب صاحب الدّين من القاضى الإيفاء، أجابه القاضى إلى ذلك، فههنا كذلك.

والأصل فى ذلك: حديث هند على ما عرف، ولكن ينبغى للقاضى أن ينظر للغائب، وذلك فى أن يحلّفها أنه لم يعطِها النفقة؛ لجواز أن يكون أعطاها النفقة قبل أن يغيب، وهى تلبس على القاضى لتأخذ ثانيًا، وإذا حلفت أعطاها النفقة وأخذ منها كفيلا، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه.

٤٣٣٩- وذكر فى "أدب القاضى" للخصّاف: أنّ القاضى إن[2] استوثق منها بكفيل فحسن، وإن لم يأخذ كان جائزًا، قال الصدر الشهيد: والصحيح ما ذكر شمس الأئمة؛ لأنّ القاضى نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر [بنفسه، والغائب ههنا عجز النظر لنفسه بنفسه][3]، فيجب على القاضى أن ينظر له، ونظره[4] ههنا فى أخذ الكفيل؛ لجواز أن يحضر

---

(١) هكذا فى "ب" و"ف" و"م"، وفى الأصل و"ظ": الإبقاء إنما الإبقاء... إلخ.

(٢) وفى "ظ": إذا.

(٣) هكذا فى "ف".

فيقيم بيّنة أنه كان قد أوفاها النفقة، أو يقيم بيّنة أنه أرسل إليها بالنفقة، فإن حضر الزوج وقال: كنت أوفيت النفقة، أو أرسلت إليها بالنفقة، فالقاضي يقول له: أقِم البيِّنة، فإن أقام بيّنة أمرها القاضي بردّ ما أخذت؛ لأنه ظهر عند القاضي أنها أخذت بغير حق، وللزوج الخيار إن شاء أخذها بذلك، وإن شاء أخذ الكفيل. وإن لم يكن للزوج بيّنة و [حلفت][1] المرأة على ذلك، فلا شيء على الكفيل، وإن نكلت عن اليمين ونكل الكفيل، لزمها. وللزوج الخيار على ما قلنا.

٤٣٤٠- هذا إذا كان النكاح بينهما معلومًا للقاضي، فأما إذا لم يكن النكاح بينهما معلومًا للقاضي فأرادت المرأة أن تقيم البيّنة على النكاح، لم يقبل القاضي ذلك منها، ولا يعطيها النفقة عند علمائنا الثلاثة؛ لأنّ هذا قضاء على الغائب، لأنّ دفع ماله إليها لتنفق هي على نفسها لا يكون إلا بعد القضاء بالنكاح والزوجية، فيكون قضاء على الغائب فلا يجوز.

وعند زفر يسمع القاضي البيّنة منها، ولا يقضي بالنكاح، ويعطيها النفقة من مال الزوج، وإن لم يكن للزوج مال، ويأمرها بالاستدانة، فإن حضر الزوج وأقرّ بالنكاح أمره بقضاء الدّين، وإن أنكر ذلك كلّفها القاضي إعادة البيّنة، فإن لم تعد أمرها بردّ ما أخذت، ولم يقض لها بشيء مما استدانت على الزوج، فهذا قول زفر وهو قول أبي يوسف.

وذكر الخصّاف قول أبي يوسف في النفقات، فيحتمل أنّ ما ذكره الخصّاف في النفقات قول أبي يوسف الأول، كما نص عليه في "مختصر الكافي"، وكان أبو حنيفة أولا يقول: يقضي بالنفقة[2] على الغائب، وهو قول إبراهيم، ثم رجع إلى قول شريح فقال: لا يقضي. وعند محمد: لا يقضي قولا واحداً. وما يفعله القضاة في زماننا من قبول البيّنة من المرأة، وفرض النفقة على الغائب إنما ينفذ، لا لأنه قول علمائنا الثلاثة في ظاهر الرواية، لكن لكونه مختلفًا فيه. أما مع زفر أو مع أبي يوسف على ما ذكره الخصّاف فينفذ؛ لكونه قضاء في فصل مجتهد فيه، وهو أرفق بالناس.

ثم على قول من يقول بفرض النفقة في هذه المسألة، لا تحتاج المرأة إلى إقامة البيّنة أنّ الزوج لم يخلف لها النفقة، والدليل عليه أنّ الخصّاف ذكر في "أدب القاضي": أنها إذا ادّعت أنها زوجة فلان، ولم يخلف لها نفقة، ثم قال: إن أقامت بيّنة أنها زوجة فلان، فالقاضي

---

(٤) وفي "م" و "ب": نظيره.

(١) هكذا في "ف" و "ب" و "م"، وفي "ظ" والأصل: حلف.

(٢) وفي "ف": البينة.

يفرض لها عند أبى يوسف رحمه الله تعالى ، ولم يقل : إن أقامت البيّنة أنّ الزوج لم يخلف لها النفقة .

٤٣٤١- هذا الذى ذكرنا كله إذا كان المال فى بيت الغائب ، فإن أحضرت المرأة غريمًا للزوج ، أو مودعًا فى يديه مال الزوج ، فإن كان القاضى يعلم بالنكاح وبالوديعة والدّين ، يقضى [لها بالنفقة][1] لما قلنا . وإن لم يكن الحال معلومة للقاضى ، فإن كان المودع والمديون مقرّين بالزوجيّة وبالمال ، أمرهما القاضى بإعطاء النفقة من ذلك ؛ لأنه ثبت النكاح والمال للغائب بتصادقهم جميعًا ، فوجب على القاضى إيفاء حقها من ذلك المال كما لو كان هذا المال فى بيت الزوج .

٤٣٤٢- فإن أنفق المودع أو المديون على والد ربّ الدَّين ، أو ولده ، أو امرأته بغير أمره ، يضمن المودع ولا يبرأ المديون ، ولكن لا يرجع المنفق على من أنفق ، وهذا بخلاف دين آخر على الغائب ، فإنّ صاحب الدّين لو أحضر غريمًا أو مودعًا للغائب ، لم يأمره القاضى بقضاء الدّين وإن كان مقرّا بالمال وبدَينه .

والفرق هو أنّ القاضى إنما يأمره فى حق الغائب ، إنما[2] يكون نظرًا له وحفظًا لملكه عليه ، وفى الإنفاق على زوجته من ماله حفظه ملكه عليه ، وليس فى قضاء الدّين من ماله حفظ ملكه عليه ، بل فيه قضاء عليه بقول الغير وهذا لا يجوز .

٤٣٤٣- وإن جحد المال للغائب ، أو جحد النكاح ، أو جحد كليهما ، لم تقبل بيّنتها على شىء من ذلك ، أما على المال فلأنها بهذه البيّنة تثبت الملك للغائب ، وهى ليست بخصم فى إثبات الملك للغائب ، وأما على الزوجيّة فما ذكر فى الكتاب أنه لا يقبل بيّنتها على قول محمد رحمه الله تعالى ، وهو قول أبى حنيفة الآخر وأبى يوسف الآخر ، وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الأول ، وهو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الأول : يقبل منها البيّنة ، ولكن على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الأول [يقضى بينهما بالنكاح ، وعلى قول أبى يوسف الأول لا يقضى ، هكذا ذكر [له] الخصّاف فى نفقاته . وذكر القدورى قول أبى حنيفة الأول][3] والآخر كما ذكر الخصّاف ، ولم يتعرض لقول أبى يوسف رحمه الله تعالى ، وإنما تقبل هذه البيّنة منها على النكاح ؛ لأنها بهذه البيّنة يثبت النكاح على الغائب ، والمودع والمديون

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) وفى النسخ التى عندنا : مما .

(٣) أثبت من النسخ التى عندنا .

ليسا بخصم فى إثبات النكاح على الغائب .

٤٣٤٤- هذا الذى ذكرنا إذا كان للزوج مال حاضر ، فأما إذا لم يكن له مال حاضر ، وطلبت من القاضى أن يسمع بيّنتها على النكاح ، ويفرض النفقة على الغائب ، ويأمرها بالاستدانة ، لم يجبها إلى شيء من ذلك ؛ لأنّ هذا قضاء على الغائب ، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الآخر ، وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى . وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الأول -وهو قول زفر- يجيبها إلى ذلك ، ذكر قول أبى حنيفة الأول فى "السير الكبير" ، وكان عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى جواز القضاء على الغائب روايتان ، فكان هذا فصلا مجتهدًا فيه ، وكان للقضاء فيه مجالا .

٤٣٤٥- وذكر فى "أدب القاضى" للخصّاف : إذا لم يكن للزوج مال حاضر والقاضى يعلم بالنكاح ، وطلبت من القاضى أن يفرض لها النفقة ويأمرها بالاستدانة ، لا يجيبها إلى ذلك خلافًا لزفر رحمه الله تعالى ، وكان هذا فصلا مجتهدًا فيه ، وكان للقضاء فيه مجال .

والذى ذكرنا فى النفقة ، فكذلك فى الكسوة ، هذا الذى ذكرنا كله إذا كان مال الغائب فى بيته ، وما كان وديعة عند إنسان من جنس حقها بأن كان دراهم أو دنانير ، أو كان ثيابًا من جنس كسوتها ، أو كان طعامًا له . فأما إذا كانت الوديعة والمال الذى فى بيت الزوج من خلاف جنس حقها ، فليس لها أن تبيع شيئًا من ذلك فى نفقة نفسها ، وكذلك القاضى لا يبيع ذلك فى نفقتها عند الكل .

أما عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فلأنّ البيع إنما يكون بطريق الحجر ، والحجر على الحرّ العاقل البالغ عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يصحّ ، وأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فكذلك الجواب ؛ لأنّ عندهما إنما يبيع القاضى على الحاضر المبيع ، فأما الغائب : فلا يعلم امتناعه فلا يبيع ، وينفق القاضى عليها من غلّة الدار أو العبد الذى هو للغائب ؛ لأنّ ذلك من جنس حقها ، ولكن ينظر للغائب على الوجه الذى قلنا قبل هذا .

٤٣٤٦- قال فى الكتاب عقيب هذه المسائل : وفى كل موضع[1] كان للقاضى أن يقضى لها بالنفقة فى مال الزوج ، فلها أن تأخذ من مال الزوج ما يكفيها بالمعروف بغير قضاء ، قال عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبى سفيان : «خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»[2] .

---

(١) وفى "ب" : فصل .

(٢) قد تقدم تخريج الحديث .

قال : وإذا طلبت المرأة من القاضى أن يفرض لها النفقة على زوجها ، وكان للزوج على المرأة دَين ، فقال الزوج : احتسبوا لها نفقتها منه ، كان له ذلك ؛ لأنّ الدّينَين من جنس واحد ، فتقع المقاصّة كما فى سائر الديون [إلا أنّ فى سائر الديون][1] تقع المقاصّة تقاصّا أو لم يتقاصّا ، وهنا يحتاج إلى رضاء الزوج لوقوع المقاصّة . وإنما كان هكذا ؛ لأنّ دين النفقة أنقص من سائر الديون ، فإنّ سائر الديون لا تسقط بالموت ، ودين النفقة يسقط على ما نبيّن بعد هذا إن شاء الله تعالى ، فكان دين الزوج أقوى ، فلا تقع المقاصّة إلا برضا الزوج ، كما لو كان أحد الدّينين جيّداً والآخر رديئًا ، فإذا قال الزوج : احتسبوا لها نفقة منه ، فقد رضى بوقوع المقاصّة .

٤٣٤٧- قال : وإذا فرض القاضى للمرأة الكسوة فهلكت ، أو سرقت منها ، أو حرّقتها قبل الوقت ، فليس عليه أن يكسوها حتى يمضى الوقت الذى تبقى إليه الكسوة ، هكذا قال فى الكتاب .

والأصل فى جنس هذه المسائل : أنّ القاضى متى ظهر له الخطأ فى [التقدير يردّه ، وإذا لم يظهر له ذلك لا يردّه ؛ وهذا لأنه إذا لم يظهر الخطأ فى التقدير ، بقى التقدير معتبراً ما لم يمضى الوقت][2] الذى قدّره القاضى ، لا يقضى لها بكسوة أخرى ، أما إذا ظهر الخطأ فى التقدير جعل وجود هذا التقدير وعدمه بمنزلة ، وكان القاضى قضى لها بالكسوة ولم يوقّت لها وقتا ، فتخرّقت من غير إسراف ، وهناك يقضى لها بكسوة أخرى [كذا ههنا . إذا ثبت هذا فنقول : إذا هلكت الكسوة أو سرقت قبل الوقت ، لم يتبيّن خطأه فيمضيه ، ولا يقضى بكسوة أخرى][3] حتى تمضى تلك المدّة .

٤٣٤٨- وإن تخرّقت الكسوة بالاستعمال قبل مضى الوقت ، ينظر إن تخرّقت بخرق استعمالها لم يتبيّن الخطأ فى التقدير ، فيمضيه ولا يقضى بكسوة أخرى ، حتى يمضى ذلك الوقت ، وإن تحرّقت بالاستعمال المعتاد تبيّن أنّ الخطأ فى التقدير ؛ لأنه وقّت وقتًا لا تبقى الكسوة إلى ذلك الوقت ، فيقضى لها بكسوة أخرى ، وكذلك الجواب فى النفقة إذا ضاعت ، أو سُرِقت ، أو أُكِلت ، أو أُسرِفت ، أو لم تُسرَف ، وكان ذلك قبل مضى الوقت ، فهو على ما قلنا : فى الكسوة .

٤٣٤٩- فرّق بين كسوة الزوجات ونفقتهنّ ، وبين كسوة الأقارب ونفقتهم ، فإنّ القاضى

---

(١) هكذا فى "ظ" و "ف" .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٣) أثبت من جميع النسخ التى اعتمدنا عليها .

إذا فرض للأقارب الكسوة والنفقة، فضاعت من أيديهم قبل مضى الوقت يفرض لهم مرّة أخرى. والفرق وهو أنّ نفقة الأقارب إنما تستحق باعتبار الحاجة، ولهذا لا يستحق مع الغنا، ومتى ضاعت الكسوة والنفقة قبل الوقت فقد تجدّدت الحاجة.

٤٣٥٠ - أما نفقة المرأة فلا تستحق باعتبار الحاجة، ولهذا استحقت المرأة النفقة مع الغنا، وإنما تستحق كفاية، وبالضياع قبل مضى المدة لا يتبيّن أنها لم تكن كافية فى تلك المدة، فأما إذا مضت المدة وكسوة المرأة باقية، فإن لم تستعمل تلك [المدة][1] الكسوة أصلا حتى مضى الوقت، يفرض القاضى لها كسوة أخرى إذا لم يظهر خطأ القاضى فى التقدير، فإن استعملت تلك الكسوة واستعملت معها كسوة أخرى فى تلك المدة، يفرض لها كسوة أخرى؛ لأنها لما استعملت مع هذه الكسوة كسوة أخرى، لا يفرض لها كسوة أخرى [فى تلك المدة، لم يظهر خطأ القاضى فى التقدير. وإن لم تستعمل مع هذه الكسوة كسوة أخرى، لا يفرض لها كسوة أخرى][2]؛ لأنه ظهر خطأ القاضى فى التقدير، حيث وقّت وقتا تبقى الكسوة وراء ذلك الوقت.

٤٣٥١ - فرّق بين هذا وبينما إذا فرض لها القاضى عشرة دراهم نفقة شهر، فمضى الشهر، وقد بقى من العشرة شيء، حيث يقضى لها القاضى بعشرة أخرى. والفرق أنّ فى باب النفقة لم يظهر خطأ القاضى فى التقدير بيقين؛ لجواز أنه إنما بقى من العشرة بشيء، لتقتير وجد منها فى الإنفاق على نفسها، فبقى التقدير معتبراً، فيقضى القاضى لها بعشرة أخرى. أما فى باب الكسوة إذا لبست جميع المدّة ولم يتخرّق، فقد ظهر خطأ القاضى فى التقدير بيقين؛ لأنّا تيقنّا أنه لم يوجد منها التقتير فى اللبس.

٤٣٥٢ - فرّق بين نفقة الزوجات وكسوتهنّ، وبين نفقة المحارم وكسوتهم، فإنّ فى الأقارب إذا مضى الوقت، وبقى شيء من الدراهم أو بقيت الكسوة، فالقاضى لا يقضى بأخرى فى الأحوال كلها. والفرق ما ذكرنا أنّ نفقة الأقارب وكسوتهم إنما تستحق باعتبار الحاجة، وما بقى شيء من الدراهم أو بقيت الكسوة، فلا حاجة إلى الأخرى، فأما نفقة المرأة إنما تستحق عوضًا عن الاحتباس فى بيت الزوج، من وجه دون وجه. والقاضى إنما جعل هذا المال عوضًا عن احتباس مقدّر، فإذا لم يظهر خطأ القاضى فى التقدير بيقين، جاء احتباس آخر لم يأخذ بإزاءه عوضًا، فيقضى لها بأخرى، فهذا هو الفرق بينهما.

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

٤٣٥٣- قال: وإذا فرض القاضي لها ما لا يكفيها، فلها أن ترجع من ذلك؛ لأنه ظهر خطأ القاضي حيث قضى بما لا يكفيها، فعليه أن يتدارك الخطأ بالقضاء لها بما يكفيها. وكذلك إذا فرض على الزوج زيادة على ما يكفيها، فله أن يمتنع من الزيادة؛ لأنه ظهر خطأ القاضي حيث فرض لها زيادة على ما يكفيها. وذكر في الحاوي في "الفتاوى": أنّ القاضي إذا فرض لها بالأقل من الدراهم؛ لرخص الطعام فعلا أو كان على العكس، كان لها أن تطلب بالزيادة، وله أن يمتنع عن الزيادة.

٤٣٥٤- قال: وإذا فرض على المعسر نفقة المعسرين ثم أيسر، يفرض عليه نفقة الموسرين عند طلبها؛ لأنّ النفقة تجب شيئًا فشيئًا على ما يأتي بعد هذا، فيعتبر حاله في كل وقت، فكما لايستأنف القضاء بنفقة المعسرين بعد اليسار، لا يستديم ذلك القضاء -والله أعلم-.

نوع آخر في نفقة خادم الزوجة:

٤٣٥٥- قال في الكتاب: وإذا كان زوج المرأة موسرًا، وللمرأة خادمة واحدة فرض على الزوج نفقة ملك الخادمة؛ لأنه لا بدّ لها من خادم واحد يقوم بخدمتها، ويهيئ لها أمور بيتها، حتى تتفرّغ المرأة لحوائج الزوج، وكان ذلك من حوائج المرأة، ومنفعته تعود إلى الزوج، فيكون ذلك على الزوج، ألا ترى أنه كما يفرض القاضي كفايته في بيت المال، يفرض كفاية خادمه، كذا ههنا.

٤٣٥٦- وهذا إذا كانت المرأة حرّة، فإن كانت أمَة لا تستحق نفقة الخادم على زوجها؛ لأنّ الأمَة خادمة في نفسها، فلا تستحق نفقة الخادم، فإن كان لها خادمان أو أكثر على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لا يفرض لأكثر من خادم واحد، وقال أبو يوسف: يفرض للخادمين؛ لأنها تحتاج إلى خادمين يقوم أحدهما بأمور داخل البيت، والآخر بأمور خارج البيت. ولهما أنّ حاجة المرأة ترتفع بخادم واحد عادة، وما زاد على ذلك للزينة والتجمّل، ووجوب النفقة على الزوج للكفاية دون الزينة والتجمّل.

فرّق أبو حنيفة ومحمد بين الزوجة والأولاد، فإنه إذا كان للموسر أولاد لايكفيهم خادم واحد، يفرض عليه نفقة خادمين. والفرق وهو أنّ المرأة الواحدة يكفيها خادم واحد عادة، والزيادة على الواحد غير محتاج إليها عادة، أما الأولاد إذا كثروا فلا يكفيهم خادم واحد، فجاز أن يفرض عليه نفقة خادمين أو أكثر مقدار ما يكفيهم، والاختلاف في هذه المسألة نظير

اختلافهم فى الغازى إذا قاد فرسين لايسهم إلا لفرس واحد عند أبى حنيفة ومحمد، وعند أبى يوسف يسهم لفرسين.

٤٣٥٧- وذكر فى "فتاوى أهل سمرقند": أنّ المرأة إذا كانت من بنات الأشراف، ولها خدّام كثيرة، يجبر الزوج على نفقة خادمين؛ لأنّ مثل هذه المرأة تحتاج إلى خادمين، ليقوم أحدهما بأمور داخل البيت، والآخر بأمور خارج البيت من الرسالة وغيرها.

٤٣٥٨- وعن أبى يوسف فى رواية أخرى: أنّ المرأة إذا كانت فائقة بنت فائق [زفت][1] إلى زوجها مع خدم كثيرة، استحقت نفقة الخدم كلها على الزوج، فإن قال الزوج لامرأته: لا أنفق على أحد من خدمكِ، ولكن أعطى خادمًا من خدمى ليخدمكِ، فأبت المرأة، لم يكن للزوج ذلك، ويجبر على نفقة خادم واحد من خدم المرأة؛ لأنّ المرأة عسى لا يتهيأ لها الاستخدام بخدم الزوج.

قال: وإن لم يكن للمرأة خادم لا يفرض نفقة الخادم على الزوج فى ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة؛ لأنّ استحقاقها نفقة الخادم باعتبار ملك الخادم، فإذا لم يكن لها خادم، كيف تستوجب نفقة الخادم؟ وهو نظير القاضى إذا لم يكن له خادم، لا يستحق كفاية الخادم فى بيت المال، كذا ههنا.

٤٣٥٩- هذا الذى ذكرنا إذا كان الزوج موسرًا، وأما إن كان معسرًا لم يفرض عليه نفقة الخادم، فى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله وإن كان لها خادم، وقال محمد: يفرض إذا كان لها خادم [وجه قول محمد: أنه إذا كان لها خادم][2]، فهذه المرأة لم تكتفِ بخدمة نفسها، ويجب على الزوج نفقة خادمها كما فى حالة اليسار، وجه رواية الحسن عن أبى حنيفة: أنّ المرأة قد تكتفى بخدمة نفسها، واستعمال الخادم لزيادة الترقية[3]، وذلك معتبر فى حالة اليسار دون حالة الإعسار؛ لأنّ المعسر يلزمه أدنى الكفايات، ولا يلزم الزيادة على ذلك.

ثم اختلف مشايخنا فى الخادم، أنّ أى خادم من خِدم المرأة يستحق النفقة على الزوج؟ منهم من قال: المملوكة لها حتى لو كانت حرّة، أو لم تكن مملوكة لها لا تستحق، ومنهم من قال: كل من يخدمها، حرّة كانت أو مملوكة لها أو لغيرها، تستحق النفقة.

---

(١) هكذا فى "ب" و "ف" و "ظ"، وكان فى الأصل: شرفت.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) وفى "ب" و "ف": لزيادة الزينة.

٤٣٦٠- قال: ولا يقدّر نفقة الخادم بالدراهم على ما ذكرنا فى نفقة المرأة، بل يفرض لها ما يكفيها بالمعروف، ولكن لا يبلغ نفقة خادمها نفقة نفسها؛ لأنّ الخادم تبع للمرأة، فينقص نفقة الخادم عن نفقتها حتى يظهر مزيّتها على الخادم.

٤٣٦١- قال: فإن كان للمرأة مماليك كثيرة، حتى وجب على الزوج نفقة خادم واحد عند أبى حنيفة[١] ومحمد رحمهما الله، فقالت المرأة للزوج: أنفق عليهم من مهرى ففعل، فقالت هى: لا أحتسب من مهرى؛ لأنك استخدمتهم[٢]، قال فى "فتاوى أبى الليث": ما أنفق عليهم بالمعروف فهو محسوب منه؛ لأنه أدّى ما وجب على المرأة بأمر المرأة، وللمرأة على الزوج المهر، فيقدر ما أنفق عليهم بالمعروف، فيكون محسوبًا منه.

٤٣٦٢- قال فى الكتاب: وفى كل موضع يفرض القاضى نفقة الخادم على الزوج، يفرض كسوة الخادم أيضًا، والكسوة للخادم على المعسر فى الشتاء قميص كرباس، وكساء كأرخص ما يكون، وفى الصيف قميص مثل ذلك وإزار، وعلى الموسر فى الشتاء قميص زطى، وإزار كرباس، وكساء رخيص، وفى الصيف قميص مثل ذلك وإزار، فقد أوجب لها فى الشتاء من الكسوة أكثر مما أوجب فى الصيف. وإنما فعل ذلك لما قلنا فى المرأة. ثم لم يفرض لخادمها الخمار [وقد ذكرنا فى كسوة المرأة الخمار][٣]، وإنما كان هكذا؛ لأنّ الحاجة فى الخمار ستر الرأس، ورأس المرأة عورة. فأما رأس الخادمة ليس بعورة، وفرض لها الإزار [لأنّ الخادمة تحتاج إلى الخروج لتهيِّئ أمور خارج البيت، فتحتاج إلى الإزار][٤]، وقد ذكرنا اختلاف المشايخ فى إزار المرأة.

٤٣٦٣- قال فى الكتاب: ولخادم المرأة المكعب أو الخف بحسب ما يكفيها، فقد فرض للخادم المكعب أو الخف، ولم يفرض ذلك للمرأة؛ لأنه لا حاجة للمرأة إلى ذلك، فإنها لا تحتاج إلى الخروج والبروز، والخادم يحتاج إلى ذلك. قال مشايخنا: وما ذكر محمد فى الكتاب من ثياب الخادم وكسوتها، فهو بناء على عاداتهم، وذلك يختلف باختلاف الأمكنة فى شدّة الحرّ والبرد، وباختلاف العادات فى كل وقت، فعلى القاضى اعتبار الكفاية فى نفقة الخادم فيما يفرض فى كل وقت ومكان، على ما ذكرنا فى كسوة المرأة، إلا أنه لا يبلغ كسوة

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: أبى يوسف.

(٢) وفى "ب" و"ف": تستخدمهم.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الخادم كسوة المرأة؛ لما ذكرنا في النفقة -والله أعلم- .

نوع آخر في الخصومة في نفقة الأزمنة الماضية:

٤٣٦٤- قال: وإذا خاصمت المرأة زوجها في نفقة ما مضى من الزمان، قبل أن يفرض القاضي لها النفقة، وقبل أن يتراضيا على شيء، فإنّ القاضي لا يقضي لها بنفقة ما مضى عندنا، وعند الشافعي يقضي، وأجمعوا أنّ بعد فرض القاضي لها النفقة، أو بعد تراضيهما على شيء لنفقة كل شهر [يقضي لها. و][1] لو غاب الزوج عنها شهرًا، أو حبس، أو كان حاضرًا وامتنع من الإنفاق، وقد استدانت على الزوج أو أكلت من مال نفسها، كان لها أن تأخذ الزوج بنفقة ما مضى.

٤٣٦٥- وأصل المسألة: أنّ نفقة الزوجات تصير دَينًا بقضاء القاضي، أو بتراضيهما على شيء معلوم لكل شهر بالاتفاق، وأما قبل قضاء القاضي وقبل تراضيهما، فلاتصير دَينًا عندنا، وعند الشافعي تصير دَينًا. وجه قول الشافعي رحمه الله: أنّ النفقة عوض عن الاحتباس في بيت الزوج؛ لمنفقة[2] تعود إلى الزوج، بدليل أنه إذا فات الاحتباس بأن نشزت لا تستحق النفقة، والأعواض تصير دَينًا من غير قضاء ولا رضاء، متى وجد سببه، كما في الأجرة والثمن. وإنا نقول بأنّ النفقة عوض من وجه، صلة من وجه؛ لأنّ النفقة بإزاء الاحتباس، وفي الاحتباس إن كان حق الزوج من حيث الاستمتاع، وقضاء الشهوة منها، وإصلاح أمر المعيشة، ففيه حق الشرع من حيث تحصيل الولد، وصيانة كل واحد منهما عن الزنا، فمن حيث إنّ الاحتباس حق الزوج إن أمكن جعل النفقة عوضًا عنه، فمن حيث إنه حق الشرع، وإقامة حق الشرع مستحق على كل إنسان لا يصلح أن يكون عوضًا عنه، فكان عوضًا من وجه، صلة من وجه، فمن حيث إنه صلة لاتصير دَينًا من غير قضاء ولا رضاء كنفقة الأقارب، ومن حيث إنها عوضًا تصير دَينًا إذا وجد القضاء، أو التراضي عملا بالدليلين بقدر الإمكان.

٤٣٦٦- وكذلك لو استدانت المرأة على زوجها نفقة مثلها قبل فرض القاضي، وقبل التراضي بينهما على شيء، فإنها لا ترجع بذلك على الزوج؛ لأنها لو رجعت إما أن ترجع بحكم أنها صارت مستدينة على الزوج، ولا وجه إلى ذلك؛ لأنه ليس لها ولاية إيجاب الدّين على الزوج، وإما أن ترجع بحكم أنّ نفقتها صارت دَينًا في ذمّته، ولا وجه إليه أيضًا؛ لما

---

(١) أثبت من "ب" و"ف".

(٢) كذا في "ظ"، وكان في الأصل: لنفقة.

ذكرنا أنّ نفقة الزوجة لا تصير دَينًا إلا بقضاء القاضي [أو بالتراضي][١]، ولم يوجد شيء من ذلك هنا، وتفسير الاستدانة على الزوج يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قال شمس الأئمة السرخسي في شرح النكاح في باب النفقة في الطلاق: إنّ هذا الجواب قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر، أما على قوله الأول كان لها أن ترجع بنفقة مثلها على الزوج، وكأن على قول أبي حنيفة الأول نفقة الزوجة تصير دينًا على الزوج قبل قضاء القاضي، وقبل التراضي بينهما، كما هو قول الشافعي رحمه الله تعالى.

٤٣٦٧- قال: إذا فرض لها القاضي على الزوج كل شهر كذا، أو تراضيا على نفقة كل أشهر، فمضت أشهر ولم يعطها شيئًا من النفقة، وقد كانت استدانت وأنفقت، أو أنفقت من مال نفسها، ثم مات الزوج أو ماتت المرأة سقط ذلك كله عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالى لايسقط، بناء على أنّ النفقة عندنا تستحق استحقاق الصِّلات من وجه، والصِّلات تسقط بالموت قبل القبض، وعند الشافعي رحمه الله تعالى تستحق استحقاق العوض من كل وجه، والعوض لايسقط بالموت قبل القبض. وشبّه هذا في الكتاب بمن وجبت عليه الجزية ثم مات، وهناك لاتستوفى الجزية من التركة، كذا هنا.

٤٣٦٨- وكذلك لو طلّقها الزوج [في هذا الوجه][٢] يسقط ما اجتمع عليه من النفقات بعد فرض القاضي، هكذا حكى عن القاضي الإمام أبي [علي][٣] الحسن بن الحصين النسفي رحمه الله تعالى، وكان يقول: وجدنا رواية هذه المسألة في كتاب الطلاق.

٤٣٦٩- [وذكر في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: إذا وقعت المخاصمة بين الزوجين في أمر النفقة، فتوسط أب الزوج وأعطاها شيئًا، ثم طلّقها الزوج ليس للأب استرداد ما تطوّع به][٤]، وشبّهه بالذمي إذا اجتمع عليه خراج رأسه ثم أسلم، يسقط عنه ما كان اجتمع عليه.

ووجه التشبيه: أنّ الذمي إنما كان يؤخذ منه خراج الرأس[٥]، لإضراره على الدّين الباطل، وقد زال ذلك المعنى بالإسلام فتسقط الجزية، كذا هنا المرأة إنما تستحق النفقة بالوصلة التي كانت بينهما، وذلك الوصلة قد انقطعت بالطلاق.

(١) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

(٣) أثبت من "ب" و"ف".

(٤) أثبت من "ب" و"ف".

(٥) وفي "ف": ثم أسلم.

٤٣٧٠- وهذا الذى ذكرنا إذا فرض لها القاضى النفقة، ولم يأمرها بالاستدانة، وأما إذا أمرها بالاستدانة على الزوج فاستدانت، ثم مات أحدهما، فلا يبطل ذلك، هكذا ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله تعالى فى "المختصر"، وذكر الخصّاف: أنه يبطل أيضًا، والصحيح ما ذكر فى "المختصر"؛ لأنّ استدانتها بأمر القاضى، وللقاضى ولاية عليهما بمنزلة استدانة الزوج بنفسه، ولو أنّ الزوج استدان بنفسه لايسقط ذلك الدّين بموت أحدهما كذا ههنا، وكذلك فى مسألة الطلاق يجب أن يكون الجواب هكذا.

ومما يتصل بهذا النوع:

٤٣٧١- ما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "الكتاب": لو عجّل الزوج لها نفقة مدّة، ثم مات أحدهما قبل مضى المدّة، لم يرجع عليها ولا فى تركتها، فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى: يرفع عنها بحصّة ما مضى، ويجب ردّ الباقى إن كان قائمًا [وقيمة الباقى إن كان][1] مستهلكًا. وجه قول محمد: إنها أخذت ذلك من مال الزوج لمقصود، ولم يحصل ذلك المقصود له، فإن كان له[2] أن يستردّها منه، كما لو عجّل لها نفقة ليتزوّجها، فماتت قبل أن يتزوّجها.

ولهما أنها صلة من وجه على ما ذكرنا، وحق الاسترداد فى الصداق[3] ينقطع بالموت كالرجوع فى الهبة. وروى عن محمد رحمه الله تعالى: أنها إذا قبضت نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشىء.

٤٣٧٢- وكذلك إذا قبضت نفقة أشهر كثيرة، فمات أحدهما قبل مضى المدّة، والباقى من المدّة شهرًا ودونه لا يرجع عليها، ولا فى تركتها بشىء؛ لأنّ الشهر وما دونه فى حكم اليسير، فصار كنفقة الحال، وهذا استحسان. قال محمد رحمه الله تعالى: وإن كان أكثر من الشهر فعلى ما بيّنا من الاختلاف.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) كذا فى الأصل، ولعل الصحيح ما فى "ظ": فكان له.

(٣) وفى "ظ": وحق الاسترداد فى الصّلات... إلخ.

نوع آخر في الاختلاف الواقع بين الزوجين في دعوى اليسار والإعسار:

٤٣٧٣- قال في "الكتاب": روى أنّ امرأة اختصمت مع زوجها في نفقتها، فقال الزوج: ليس عندي نفقة، فقال لها أبو يوسف رحمه الله تعالى: خذي عمامته وأنفقيها على نفسك. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: يحتمل أنّ أبا يوسف عرف أنّ له عمامة أخرى، فأما إذا لم يكن له عمامة أخرى لا يجب عليه أن يبيع هذه العمامة في النفقة، ولا في سائر الديون. وفي "شرح أدب القاضي" للخصّاف: أنه لا يجب عليه أن يبيع مسكنه وخادمه؛ لأنّ هذا ليس[1] من أصول حوائجه، وحاجته مقدّمة على سائر الديون، ويبيع ما سوى ذلك.

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: لا يجب عليه بيع الإزار؛ لأنّ له حاجة إلى الإزار، وهي للحاجة إلى ستر العورة، فأما ما سوى الإزار فيجب عليه أن يبيع إلا إذا كان في موضع برد، فحينئذٍ يترك لنفسه ما يدفع به ضرر البرد، ويبيع ما سوى ذلك. ومن المشايخ من قال: يترك لنفسه شيئًا[2] من الثياب، ويبيع ما سوى ذلك، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى. ومن المشايخ من قال: تركه[3] لنفسه دستين، ويبيع ما سوى ذلك، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى؛ وهذا لأنّ الحاجة ماسّة إلى دستين، فإنه إذا غسل إحداهما يحتاج إلى الأخرى، فأما إذا كان له ثياب حسنة يمكنه الاكتفاء بما دون ذلك، يبيع ثيابه ويشتري بالبعض ثوبا يكفيه، وبالباقي يقضي الدّين وينفق على زوجته، به ورد الأثر، هكذا ذكر في "شرح أدب القاضي" للخصّاف، في باب الملازمة.

٤٣٧٤- قال محمد رحمه الله تعالى في الكتاب: وإذا فرض القاضي نفقة المرأة على الزوج، فامتنع الزوج من الإنفاق، وقال: أنا معسر، وقالت المرأة: بل هو موسر، وطلبت المرأة من القاضي أن يحبسه [بالنفقة، لا يحبسه القاضي أول مرّة؛ لأنّ الحبس عقوبة لا يستوجبها إلا الظالم، ولم يظهر ظلمه في أول مرّة فلا يحبسه، ولكن يأمره بالإنفاق، ويخبره

---

(١) كذا في الأصل، والصحيح في "ظ": لأن هذا من أصول حوائجه، بدون ليس.

(٢) وفي "ف": دستا مكان شيئا.

(٣) وفي "ظ": يترك لنفسه... إلخ.

أنه يحبسه][1] إن عادت، فإذا عادت إليه مرّتين أو ثلاثًا، حبسه لظهور ظلمه، وإذا حبسه لا يسقط عنه النفقة، ويؤمر بالاستدانة حتى يرجع على الزوج إذا ظهر له مال؛ وإنما كان هكذا لأنّ هذا حبس بحق، وقد وجد المنع من جهته، فيلزم النفقة لما يستقبل وهو فى الحبس، فإن ماطلها بالنفقة وسألت القاضى أن يفرض لها عليه نفقة، فعل ذلك ويكون ما اجتمع لها عليه من النفقة بعد الفرض دَينًا مع الصِّداق، فيستديم الحبس إلى أن يوفى الكل على ما يأتى بعد هذا.

٤٣٧٥- فإن قال الزوج للقاضى: احبسها معى؛ فإنّ لى موضعًا فى الحبس خاليًا، فالقاضى لا يحبسها معه، ولكنها تصير فى منزل الزوج، ويحبس الزوج لها، هكذا ذكر هنا.

٤٣٧٦- وذكر فى الدعاوى والبيّنات، فى قسم الفتاوى من "أدب القاضى"، وقد قيل: ينبغى للقاضى أن لا يحبسها[2]؛ لأنها إذا حبست زوجها ولم تحبس هى، تذهب حيث تريد. وقيل: القاضى يقول لها: إذا أردت حبس الزوج لو حبستِ زوجكِ حبستكِ معه، وإلا فلا أحبس الزوج، وعلى التقديرين جميعًا يقع الأمن عن ذهابها أين ما تريد، ثم على ما ذكر فى الكتاب إذا حبسه القاضى، إن علم أنه محتاج خلّى سبيله؛ لأنه يستحق النظر إلى ميسرة بالنص.

٤٣٧٧- قال: وينبغى للقاضى إذا حبس الرجل شهرين أو ثلاثة، فى نفقة أو دَين أن يسأل عنه، وفى بعض المواضع ذكر أربعة أشهر، وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: ستة أشهر، وفى رواية الطحاوى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: شهر.

والحاصل أنه ليس فيه تقدير لازم؛ لأن الحبس للإضجار، وذلك مما يختلف فيه أحوال الناس، فيكون ذلك مفوّضًا إلى رأى القاضى، فإن وقع فى رأى القاضى أنّ هذا الرجل يضجر بهذه المدّة، ويظهر المال إن كان له مال، يسأل عن حاله بعد ذلك.

٤٣٧٨- ذكر هشام فى "نوادره" عن محمد رحمه الله تعالى: أنّ للقاضى أن يسأل عن حاله، ولم يعتبر فى ذلك المدّة، وإذا سأل عنه وقامت البيّنة على عسرته، أخرجه القاضى من الحبس، ولا يحتاج إلى لفظة الشهادة، بل إذا أخبر بذلك يكفى. قال الشيخ الإمام المعروف بـ"خواهر زاده رحمه الله تعالى": هذا السؤال من القاضى بعد ما حبسه، احتياط وليس بواجب؛ لأن الشهادة بالفقر شهادة بالنفى، والشهادة بالنفى ليست بحجّة، فكان للقاضى أن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى "ظ": ينبغى للقاضى أن يحبسها، ولعله هو الصحيح.

لا يسأل ولا يعمل برأيه، ولو سأل مع هذا كان أحوط وأنفى للتهمة عن القاضى. ثم إذا أخبر أنه معسر وخلّى سبيله لا يحول بين الطالب وبين الملازمة عندنا؛ لما روى عن النبى ﷺ: أنه قال: «لصاحب الحق اليد واللسان»[١]، والمراد باليد الملازمة.

٤٣٧٩- وإن أقام المحبوس بيّنة على عسرته، وأقام صاحب الحق بيّنة على يساره، أخذ ببيّنة صاحب الحق؛ لأن بيّنته أثبت أمراً عارضًا ليس بثابت، وبيّنة المحبوس تثبت أمرًا أصليًا وهو الفقر، فكانت بيّنة صاحب الحق أكثر إثباتا، فكانت أولى بالقبول. فإن أقامت[٢] البيّنة على عسرته قبل الحبس، هل يقبَل القاضى ذلك؟ فيه روايتان، فى إحدى الروايتين يقبَل، وبه كان يفتى الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى، وفى رواية أخرى لا يقبَل، وبه كان يفتى عامّة المشايخ رحمهم الله تعالى، وهو الصحيح.

٤٣٨٠- قال: وإن كان المحبوس غنيًا أدام[٣] القاضى حبسه حتى يؤدى النفقة أو الدّين، فبعد ذلك إن كان ماله من جنس النفقة والدّين، أدّى القاضى ذلك من ماله، وإن كان [ماله][٤] عروضًا أو عقارًا، فالقاضى لا يبيع شيئًا من ذلك، لا فى النفقة ولا فى الدّين إلا برضاه، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى. وعلى قولهما: يبيع عروضه فى النفقة والدّين، رواية واحدة، ويبيع العقار أيضًا على أظهر الروايات عنهما، ذكر قولهما فى العروض فى ظاهر الرواية، وفى العقار، وجميع الأموال فى "أدب القاضى" للخصّاف، فى باب الحبس فى الدّين.

٤٣٨١- ثم إذا ثبت للقاضى ولاية البيع عندهما يبدأ بالعروض، فإذا لم يفِ ثمن العروض بالدّين والنفقة، يشتغل حينئذٍ ببيع العقار، وترتيب الأموال فى قضاء الدّين فى زكاة "الجامع" على سبيل الاستقصاء.

ثم قال الشيخ الإمام خواهر زاده رحمه الله تعالى فى شرحه: فيما ذكر فى هذه المسألة إشارة إلى أنّ القول قول المرأة، فى أنه قادر على الإنفاق، فإنه لو كان القول قول الزوج: إنه عاجز، لكان لا يحبسه القاضى وإن عادت إليه مراراً.

---

(١) قال الزيلعى فى "نصب الراية" ج٤ كتاب الحجر: قال عليه السلام: «لصاحب الحق يد ولسان»، رواه الدارقطنى فى "سننه" فى الأقضية ص٥٢٣: وكذلك أخرجه ابن عدى فى "الكامل".

(٢) وفى "م": قبلت.

(٣) وفى "ب": أمر.

(٤) أثبت من "ب" و"م" و"ظ".

٤٣٨٢- وذكر في "كتاب الحوالة والكفالة" : أنه إذا وجب المهر على إنسان، ولم يؤد وادّعى أنه معسر ، وادّعت المرأة أنه قادر [على الإنفاق](١) ، فالقول قول المرأة حتى يحبسه القاضي إذا عادت إليه مرّتين أو ثلاثًا، فقد سوى في ظاهر الرواية بين النفقة، والمهر، والقرض، وثمن المبيع.

وذكر الخصّاف في "أدب القاضي" عن أصحابنا رحمهم الله تعالى: أنّ في النفقة والمهر القول قول الزوج، حتى لا يحبس الزوج ما لم تثبت المرأة يساره، فصار في النفقة والمهر روايتان(٢)، فعلى ظاهر الرواية جعل الإقدام على النكاح إقرارًا بالقدرة على النفقة والمهر، وعلى رواية الخصّاف [لم يجعل](٣)، هكذا ذكره شيخ الإسلام المعروف بـ "خواهر زاده".

٤٣٨٣- وذكر محمد رحمه الله تعالى في "الأصل" : إذا وقع الاختلاف بين المرأة والزوج، فقال الزوج: أنا معسر، وعليّ نفقة المعسرين، وقالت المرأة: لا، بل أنت موسر، وعليك نفقة الموسرين، فالقول قول الزوج مع يمينه، وعلى المرأة البيّنة؛ لأن الفقر في الناس أصل، فالزوج يتمسّك بما هو الأصل، فيكون القول قوله مع يمينه، وهكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرحه، ولم يذكر أنّ هذه المسألة على الروايتين.

وإنما كان هكذا؛ لأن الإقدام على النكاح يمكن أن يجعل إقرارًا بالقدرة على [أصل النفقة، أما لا يمكن أن يجعل إقرارًا بالقدرة على](٤) نفقة الموسرين، فلهذا كانت هذه المسألة على رواية واحدة. ومن المتأخرين رحمهم الله تعالى من قال في المسألة الثانية: يحكم فيه زيّه، فإن كان عليه زيّ الأغنياء لم يقبل قوله أنه معسر؛ لأن الزيّ علامة على غناه، وما ظهر من العلامة يجعل حكمًا عند انعدام دليل فوقه، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَرَادُواْ الْخُرُوجَ لأَعَدُّواْ لَهُ عُدَّةً﴾(٥)، وقال الله تعالى في قصة يوسف عليه الصلاة والسلام: ﴿وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾(٦)، فهذا دليل على أنّ ما ظهر من العلامة يجعل حكمًا، فيجعل

(١) أثبت من "ظ".

(٢) وفي "ظ": فصار في النفقة والمهر لم يجعل هكذا روايتان، فعلى ظاهر الرواية... إلخ.

(٣) هكذا في "ب" و"م" و"ظ"، وكان في الأصل: لم يذكر.

(٤) أثبت من "ب" و"ظ".

(٥) التوبة: ٤٦.

(٦) يوسف: ٢٦.

الزيّ حكمًا إلا في حق الفقهاء والعلويّة، فإنهم يتكلّفون الزيّ مع العسرة؛ ليعظمهم الناس، فلا يجعل للزيّ في حقهم حكمًا لظهور العادة بخلافه.

٤٣٨٤- فعلى هذا القول إن كان على الزوج زيّ الفقراء، وادّعت المرأة أنّ هذا زيّ غير زيّه، وكان عليه زيّ الأغنياء قبل أن يحضر مجلس القضاء، فإنّ القاضي يسألها البيّنة، فإن أقامت البيّنة [على ذلك، سمع القاضي وجعل القول قولها، وإن لم يمكنها إقامة البيّنة][1] للحال، يحكم زيّه في الحال، ويجعل القول قول الزوج.

٤٣٨٥- ثم فرع على المسألة الثانية فقال: على ظاهر الرواية: إذا لم يكن للمرأة بيّنة على يساره، فسألت القاضي أن يسأل عن يسار الزوج في السر، فليس على القاضي ذلك؛ لأن القاضي وجد دليلا يعتمده لفصل الحكم، وهو التمسُّك بالأصل، فليس عليه أن يطلب دليلا آخر.

٤٣٨٦- وإن سأل فأتاه بيّنة أنه موسر، لا يفرض القاضي عليه نفقة الموسرين، إلا أن يخبره رجلان عدلان أنه موسر، ويكونان بمنزلة الشاهدين يشهدان على يساره، ولا يحتاج إلى لفظة الشهادة؛ لأن في النفقة حق الله تعالى، وحق المرأة؛ لأنها وجبت بإزاء الاحتباس، والاحتباس حق الله تعالى وحق الزوج على ما ذكرنا، فما وجب بمقابلة الاحتباس يكون حق الله تعالى، وحق الله تعالى يثبت بقول الواحد شهد بذلك أو أخبر، وحق العبد لا يثبت إلا بقول اثنين بلفظ الشهادة. فإذا كان [بين][2] حق الله تعالى و [بين][3] حق العبد، عملنا بهما فشرطنا العدد من حيث إنه حق العبد، واكتفينا بالخبر من حيث إنه حق الله تعالى، عملا بالدليلين بقدر الإمكان.

وإن قالا: بلغنا أنه موسر، أو سمعنا أنه موسر، لا يثبت اليسار بذلك؛ لأنهما ما قالا: علمنا، وإنما قالا: بلغَنا أو سمعنا، وقد يبلغ الإنسان الباطل كما يبلغه الحق، وكذلك يسمع الكذب، كما يسمع الصدق، فلا يثبت اليسار بمثل هذا الخبر. هذا الذي ذكرنا إذا لم يكن حال الزوج في العسرة معلوم للقاضي، وأما إذا كان معلومًا للقاضي، فالقاضي لا يحبسه؛ لأن الحبس جزاء الظلم، ولم يظهر الظلم هنا، ولا يفرّق بينهما أيضًا عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله تعالى، والمسألة معروفة.

---

(١) أثبت من "ب" و "م" و "ظ".

(٢) أثبت من "ب".

(٣) أثبت من "ب" و "ظ".

٤٣٨٧- ثم إذا لم يفرّق القاضي بينهما عندنا، ولم يحبس الزوج، ماذا يفعل؟ يأمر المرأة بالاستدانة على الزوج حتى يرجع إليه إذا أيسر. فرّق بين هذا وبين سائر الديون، فإنّ في سائر الديون من عليه الدَّين إذا عجز عن قضاء الدين، لا يؤمر [صاحب الدّين][1] بالاستدانة [عليه][2]، وههنا بعد ما فرض القاضي لها النفقة، يؤمر بالاستدانة على الزوج.

ووجه الفرق بينهما: أنّ المرأة لو لم تؤمر بالاستدانة على الزوج بعد فرض القاضي، عسى أن تموت هي أو يموت الزوج، فتسقط نفقتها على ما مرّ، فإذا سقط لا يفيد القضاء بالنفقة لها شيئًا، فتؤمر هي بالاستدانة حتى لا يبطل حقها بموت أحدهما، فكان الأمر بالاستدانة من القاضي بعد فرض النفقة لتأكيد حقها في النفقة، وهذا المعنى معدوم في سائر الديون، فلهذا افترقا.

٤٣٨٨- وإذا أمرها القاضي بالاستدانة على الزوج، فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى: [ترجع بذلك على الزوج][3] إذا أيسر؛ لأن استدانتها بأمر القاضي على الزوج، وللقاضي ولاية كاملة عليهما كاستدانتها من الزوج، فقد ذكر محمد الاستدانة على الزوج، ولم يبيّن تفسيرها، وذكر في "أدب القاضي" للخصّاف: أنّ تفسير الاستدانة على الزوج، الشراء بالنسيئة؛ ليقضي الثمن من مال الزوج.

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وليس فائدة الأمر بالاستدانة بعد فرض القاضي، إثبات حق الرجوع للمرأة على الزوج؛ لأن بعد فرض القاضي صارت النفقة دَينًا للمرأة على الزوج، وثبت لها حق الرجوع بالنفقة على الزوج، سواء أكلت من مال نفسها، أو استدانت بأمر القاضي، أو بغير أمر القاضي، لكن فائدة الأمر بالاستدانة أنها إذا استدانت على الزوج بأمر القاضي، كان لربّ الدّين أن يرجع بذلك على الزوج، وبدون الأمر بالاستدانة ليس لربّ الدَّين أن يرجع بذلك على الزوج، ولكن ربّ الدّين يرجع على المرأة.

٤٣٨٩- ثم المرأة ترجع بما فرض لها القاضي على الزوج؛ وهذا لأن الاستدانة على الزوج إيجاب الدّين في ذمّة الزوج، فإذا حصل بأمر القاضي فقد حصل ممن له ولاية تامّة على الزوج، أما إن حصل لا بأمر القاضي فقد حصل إيجاب الدّين في ذمّة الزوج من المرأة، وليس لها على الزوج هذه الولاية.

---

(١) أثبت من "ب" و "ظ".

(٢) أثبت من "ب" و "م".

(٣) أثبت من "ظ".

وذكر فى "تجريد القدورى": أنّ فائدة الأمر بالاستدانة أن تُحيل المرأة الغريم على الزوج وإن لم يرض الزوج بذلك، وبدون الأمر بالاستدانة ليس لها ذلك إلا برضى الزوج. وذكر الحاكم الشهيد فى "المختصر": أنّ فائدة الأمر بالاستدانة بعد فرض القاضى، أنه إذا مات أحدهما بعد الأمر بالاستدانة، أنه يرجع بذلك على الزوج فى ماله، وبدون الأمر بالاستدانة لا يرجع على ما مرّ قبل هذا.

ومما يتصل بهذا النوع:

٤٣٩٠- إذا فرضت النفقة للمرأة على الزوج، ولها على الزوج بقية المهر، فأعطاها الزوج شيئًا، ثم اختلفا فقال الزوج: من المهر، وقالت المرأة: لا، بل هو من النفقة، فالقول قول الزوج؛ لأن التمليك وجد من جهة الزوج، والقول فى بيان جهة التمليك قول المملّك. وكذلك هذا فى قضاء جميع الديون إذا كانت من وجوه مختلفة. قال الشيخ الإمام المعروف بـ"خواهر زاده رحمه الله تعالى": هذا إذا كان المؤدى شيئًا يعطى فى المهر عادة، أما إذا كان شيئًا لا يعطى فى المهر عادة كقصعة ثريد، ورغيف، وطبق فاكهة، وما أشبه ذلك، فلا يقبل قول الزوج؛ لأن الظاهر يكذبه.

٤٣٩١- وكذلك إذا بعث إليها دراهم، فقال: هى نفقة، وقالت المرأة: هديّة، فالقول قول الزوج لما بيّنا، وكذلك إذا بعث إليها ثوبًا، وقالت: هو هديّة، وقال الزوج: هو من الكسوة، فالقول قول الزوج مع [يمينه][1] لما قلنا، إلا أن تقيم المرأة بيّنة على ما ادّعت.

٤٣٩٢- وإن أقاما البيّنة فالبيّنة بيّنة الزوج؛ لأن البيّنتين استويا فى إثبات جهة الملك للمرأة، إلا أنّ بيّنة الزوج ترجّحت بزيادة إثبات؛ لأن بيّنة الزوج مع إثبات جهة الملك للمرأة أثبت للزوج براءة عما عليه من النفقة والكسوة، وبيّنة المرأة تنفى ذلك، وكانت بيّنة الزوج أكثر إثباتا، فكانت أولى بالقبول.

٤٣٩٣- وكذلك إذا أقام كل واحد منهما بيّنة على إقرار الآخر[2] بما ادّعاه؛ لأن الزوج هو المدّعى فى القضاء فيما عليه من الحق، فمعنى الإثبات فى بيّنة الزوج أكثر، فكانت أولى بالقبول.

---

(١) هكذا فى باقى النسخ التى اعتمدنا عليها، وكان فى الأصل: بينته.

(٢) وفى "م": الزوج.

٤٣٩٤ - وكذلك لو اصطلحا على أن يعطيها الزوج كل شهر خمسة عشر درهمًا ، والزوج يدفع ذلك ينوى إيفاء مهرها ، ومضى على ذلك زمان ثم اختلفا ، فالقول قول الزوج لما قلنا .

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : ومتى جعلنا القول قول الزوج ، أنّ المدفوع من المهر كان للمرأة أن تأخذ من الزوج قدر ما فرض لها القاضى ، وقدر ما اصطلحا عليه من وقت الفرض ، والاصطلاح إلى هذا الوقت الذى اختلفا فيه ؛ لأن باصطلاحهما وبقضاء القاضى صارت النفقة دَينًا فى ذمّة الزوج ، فكان لها أن تطالبه بذلك الدّين .

٤٣٩٥ - قال : وإذا وقع الاختلاف بين المرأة والزوج فيما وقع الصلح عليه ، أو فيما وقع الحكم به من النفقة فى الحبس ، أو فى القدر ، فالقول قول الزوج ، والبيّنة بيّنة المرأة ؛ لأنها مدّعية الزيادة ، فيحتاج إلى إثباتها بالبيّنة ، والزوج منكر لذلك ، فيكون القول قوله مع يمينه . بعد هذا ينظر إن كان ما أقرّ به الزوج وحلف عليه ، يكفيها فبها ، وإن كان لا يكفيها ، يبلغ بها الكفاية فى المؤن ، كما لو أثبت[1] الصلح أو الحكم بذلك القدر باتفاقهما ، وقد مرّ هذا من قبل .

٤٣٩٦ - قال : وإذا وقع الاختلاف بين الزوج والمرأة فيما مضى من المدّة من وقت الفرض ، أو من وقت الصلح ، فالقول قول الزوج ، والبيّنة بيّنة المرأة ؛ لأنها تدّعى زيادة دَين ، والزوج ينكر ، فكان القول قوله مع يمينه .

٤٣٩٧ - قال : وإذا ادّعى الزوج الإنفاق وأنكرت المرأة ، فالقول قولها مع اليمين ؛ لأنها أنكرت وصول حقها إليها ، فيكون القول قولها مع اليمين كما فى سائر الديون .

نوع آخر فى الكفالة بالنفقة:

٤٣٩٨ - قال : ولا يؤخذ من الزوج كفيل بالنفقة ، ومعناه أنّ الزوج لا يجبر على إعطاء الكفيل بالنفقة ، لا قبل صيرورة النفقة دَينًا على الزوج ، ولا بعد ذلك ، هكذا ذكر الحاكم فى "المختصر" .

٤٣٩٩ - وذكر الخصّاف فى "أدب القاضى" : أنّ المرأة إذا أخذت زوجها بنفقتها وهو يريد أن يغيب ، فقالت : أقم لى كفيلا ينفقنى شهرًا فشهرًا ، على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يجبر على إعطاء الكفيل ، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ،

---

(١) وفى جميع النسخ التى عندنا : ثبت .

يجبر على إعطاء الكفيل بنفقة شهر واحد[١]، ولم يذكر الخلاف فى "المختصر"، بل ذكر مطلقًا أنه لا يجبر؛ وإنما لا يجبر لأن إعطاء الكفيل تبرّع، والمرء لا يجبر على التبرعات، فصار كالدّين المؤجل إذا أراد صاحب الدّين أن يأخذ منه كفيلا قبل حلول الأجل، مخافة أن يغيب عنه عند حلول الأجل، فإنه لا يجبر على ذلك، كذا هنا.

٤٤٠٠- قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرح كتاب النكاح: وقد روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه قال: إذا قالت المرأة: إنه يريد أن يغيب، ولا يترك لى نفقة، أمره القاضى أن يعجّل لها نفقة شهرًا، ويعطيها كفيلا بنفقة شهر واحد. وذكر الخصّاف عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أيضًا: أنّ القاضى يسأل الزوج أنك كم تغيب؟ فإن قال: شهرًا، يأخذ منه كفيلا بنفقة شهر، وإن قال: شهرين، يأخذ منه كفيلا بنفقة شهرين.

٤٤٠١- [وهكذا فى "كتاب الأقضية" فى رجل ضمن لامرأة غيره النفقة، والمهر عن زوجها، قال: ضمان النفقة باطل؛ لأنه ضمن مالا غير واجب، لأن النفقة لم تجب بعده، قال: إلا أن يسمى لكل شهر شيئًا، ومعناه أنّ الزوج مع المرأة اصطلحا على شىء بقدر نفقة كل شهر، ثم يضمنه رجل فحينئذٍ يجوز الضمان؛ لأن بهذا الاصطلاح تجب النفقة، فيصح الضمان لا يلزم تضمين أكثر من شهر؛ لأن العمل بحقيقة كلمة "كل" هنا متعذّر؛ لأنه لا يمكن صرفها إلى] هكذا قال.

٤٤٠٢- وإن أعطاها الزوج كفيلا بالنفقة كل شهر عشرة، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يقع على شهر واحد، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يقع ذلك على الأبد ما داما زوجين، هكذا ذكر الخصّاف فى النفقة، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرح نكاحه. وذكر الحاكم فى "المختصر": أنّ الكفالة تنصرف إلى شهر واحد من غير ذكر خلاف، فيحتمل أن يكون المذكور فى "المختصر" قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

وجه قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: إنّ المطلق فيما يحتمل التأبيد ينصرف إلى الأبد، فكأنه نص عليه، ولو نصّ على الأبد فقال: كفلت لك بنفقة كل شهر عشرة أبدًا، أو ما دمتما زوجين، يقع على الأبد ما داما زوجين وتصح الكفالة، كذا هنا.

وجه قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى: إنّ العمل بكلمة "كل" فى الكفالة؛ لأن كلمة "كل" متى أضيف إلى جملة من الأعداد من تلك، فإنما يتناول كل عدد من تلك الجملة على

---

(١) وفى "م": بنفقة شهر واحد ذكر الخصاف فى النفقات أن على قول أبى يوسف ومحمد رحمه الله . . . إلخ.

سبيل الانفراد، ألا ترى أنه لو قال: كل امرأة أتزوجها، فهى طالق، يحنث بنكاح كل امرأة تزوّجها، كأنه عقد اليمين عليها لا غير، ولا يشترط نكاح الجماعة لوقوع الحنث، وإذا كان يتناول كل عدد من الجملة على سبيل الانفراد، لو صححنا الكفالة فى الشهر الثانى أو الثالث، فقد تناولت الكفالة الشهر الثانى والثالث كما تناولت الشهر الأول، لا يتناول بلفظ واحد عقدين مختلفين، أحدهما مرسل والآخر مضاف، وبين المرسل والمضاف تضاد وتنافى.

٤٤٠٣- وإذا تعذّر العمل بكلمة "كل" فصار كأنه قال: كفلت بنفقة شهر، ونظيره الإجارة إذا آجر داره كل شهر بعشرة، ينصرف الإجارة إلى شهر واحد، كأنه قال: أجّرتك شهرًا، ولهذا كان لصاحب الدار أن يخرجه متى جاء رأس الشهر الثانى، كذا هنا، آجرتك.

٤٤٠٤- بخلاف ما لو قال: كفلت لك بنفقة كل شهر بعشرة أبدًا ما عشت [حيث][1] كان الضمان صحيحًا كما قال؛ لأن هناك المذكور وقت واحد وهو العمر، فيكون الثابت[2] عقدًا واحدًا، فصحّت الكفالة بنفقة جميع العمر، وكان ذكر العمر وإنه اسم لوقت واحد بمنزلة ذكر السنة وما أشبه ذلك.

٤٤٠٥- ولو قال: كفلت لك بنفقة سنة أو عشرة [أشهر][3]، صحت الكفالة وانصرفت إلى الوقت المذكور؛ لكون الوقت واحد كذا هنا، أما فى قوله: كل شهر، فالمذكور أوقات مختلفة: فكان الثابت[4] عقودًا مختلفة.

قال: وإن كفل لها بنفقتها على زوجها أبدًا، وما داما زوجين فإنّ ذلك جائز، أو أراد بالأبد ما داما على النكاح؛ لأن لفظ الأبد فيما بين الزوجين يقع على انتهاء النكاح، حتى لو مات أحدهما أو انقطع النكاح بينهما، فلا نفقة لها على الكفيل، هكذا ذكر فى "أدب القاضى" للخصّاف.

وذكر الخصّاف فى نفقاته: أنّ هذا يتناول زمان العدّة أيضًا؛ وهذا لأنه كفل بنفقتها ما دام النكاح باقيًا، والنكاح هنا باق من وجه. وإنما صحت الكفالة فى هذه المسألة إلى وقت انتهاء النكاح من كل وجه؛ لأن الوقت هنا واحد، فكان العقد واحد.

ثم فرّق بين هذه المسألة وبين ما إذا كفل لها بنفقة ولدها أبدًا أو مطلقًا، كان باطلا وإن

---

(١) أثبت من "م".

(٢) وفى "ظ": الثالث.

(٣) أثبت من "ب" و"م".

(٤) وفى "ظ": الثالث.

كان الوقت واحدًا ؛ لأن نفقة الأولاد لا تجب على التأبيد ما دام حيًا ، فإنه إذا بلغ تسقط النفقة عن الأب ، وكذلك إذا أيسر الولد ، أما نفقة المرأة تجب على التأبيد ما دام النكاح باقيًا ، موسرة كانت أو معسرة ، فلهذا افترقا .

٤٤٠٦ - وذكر في "الفتاوى" : في امرأة قالت لزوجها : أنت بريء من نفقتي أبدًا ما كنت امرأتك ، لا يصح هذا الإبراء ؛ لأن صحة الإبراء يعتمد الوجوب أو قيام سبب الوجوب ، ولم يوجد شيء من ذلك هنا ، على ما يأتي في فصل الصلح عن النفقة إن شاء الله تعالى .

٤٤٠٧ - وبعد ما فرض القاضي لها نفقة كل شهر لو قالت ذلك ، إن قالت قبل أن يمض زمان من وقت الفرض ، برئ من نفقة الشهر الأول لا غير ، ولو قالت بعد ما مضى الشهر ، صحت البراءة لما مضى دون ما بقي ، واعتبره بالإبراء عن آجره الغلام الذي آجره سنة ، ومضى على ذلك بعض السنة صحّ الإبراء لما مضى دون ما بقي ، وكذلك لو آجره كل شهر بكذا ، أو كل سنة بكذا ، ثم أبرأه عن الأجرة ، صح للشهر الأول وللسنة الأولى ، كذا هنا .

نوع آخر في الصلح عن النفقة:

٤٤٠٨ - قال : وإذا صالحت المرأة زوجها من نفقتها كل شهر على ثلاثة دراهم[1] ، فهو جائز ، وكان ينبغي أن لا يجوز ؛ لأن الصلح من نفقتها إبراء بعوض ، فيعتبر بالإبراء بغير عوض ، وذلك لايصح ؛ لما أنّ النفقة للحال ليست بواجبة ، وإنما تجب شيئًا فشيئًا ، والجواب : هذا إنما يستقيم أن لو كان جواز الصلح عن النفقة بطريق المعاوضة ، وجواز هذا الصلح ليس بطريق المعاوضة ، وإنما كان بطريق أنه تقدير لنفقتها كل شهر لشيء[2] معلوم ، وتقدير النفقة كل شهر بشيء معلوم جائز . وهذا بخلاف الآجر إذا أبرأ المستأجر عن الأجر[3] قبل استيفاء المنفعة ، حيث يجوز ؛ لأن هناك سبب الوجوب وهو العقد موجود فقام مقام حقيقة الوجوب في حق صحة الإبراء ، فكان إبراء بعد الوجوب ، أما هنا سبب وجوب النفقة في المستقبل هو الاحتباس في المستقبل ، وإنه غير موجود للحال .

---

(١) وفي "ظ" : من نفقتها على ثلاثة دراهم من كل شهر فهو جائز .

(٢) هكذا في "ب" و "م" ، وكان في الأصل و "ظ" : شيء .

(٣) وفي "ظ" : الأجرة .

٤٤٠٩ - ثم الأصل فى جنس هذه المسائل: [أنّ الصلح عن النفقة][1] من الزوجين متى حصل بشيء، يجوز للقاضى أن يفرض على الزوج فى نفقتها بحال يعتبر الصلح منها؛ تقديراً للنفقة، ولا يعتبر معاوضة سواء كان هذا الصلح قبل فرض القاضى النفقة، وقبل تراضى الزوجين على كل شهر لكل شهر، أو كان هذا الصلح بعد فرض القاضى لها النفقة، أو بعد تراضيهما على شيء لكل شهر، يعتبر الصلح بينهما قبل قضاء القاضى لها بالنفقة، قبل تراضيهما على شيء لكل شهر.

٤٤١٠ - [وإذا وقع الصلح على شيء، لا يجوز للقاضى أن يفرض على الزوج فى نفقتها بحال، كما لو وقع الصلح على عبد أو ثوب، ينظر إن كان الصلح بينهما قبل قضاء القاضى لها بالنفقة، وقبل تراضيهما على شيء لكل شهر][2]، يعتبر الصلح بينهما تقديراً للنفقة أيضًا.

٤٤١١ - وإن كان الصلح بعد فرض القاضى، لها النفقة، أو بعد تراضيهما على شيء لكل شهر، يعتبر هذا الصلح بينهما معاوضة، وفائدة اعتبار التقدير[3] أن تجوز الزيادة على ذلك والنقصان عنه، وفائدة اعتبار المعاوضة أن لا تجوز الزيادة على ذلك، ولا يجوز النقصان عنه، فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل.

٤٤١٢ - قال: وإذا صالحت المرأة زوجها على ثلاثة دراهم لكل شهر، فقالت المرأة: لايكفينى هذا القدر، كان لها أن تخاصمه حتى يزيد لها مقدار ما يكفيها إذا كان الزوج موسرًا، وإنما كان هذا هكذا؛ لأن صلحها لا يكون أقوى من قضاء القاضى، والقاضى لو قدّر لها نفقتها فى كل شهر مقداراً لا يكفيها، كان لها أن تطالبه بتمام كفايتها، فهنا أولى.

٤٤١٣ - قال: وإذا صالحت المرأة زوجها على نفقة كل شهر على ثلاثة دراهم، ثم قال الزوج: لا أطيق ذلك، فإنه لا يصدّق فى ذلك؛ لأنه التزمه باختياره، وذلك دليل على كونه قادراً على أداء ما التزم، فإذا قال: لا أطيق، فقد ادّعى خلاف ما كان ثابتًا فلا يصدّق، ويلزمه جميع ذلك. قال فى الكتاب: إلا أن يبرئه منه القاضى، يريد به أن يتعرف القاضى عن حاله بالسؤال من الناس، فإذا أخبروه أنه لا يطيق ذلك نقص منه، وأوجب على قدر طاقته.

٤٤١٤ - ألا ترى أنّ فى الابتداء لو علم القاضى أنّ الزوج لا يطيق هذا المقدار، لايفرض

---

(١) أثبت من "ب" و "م" و "ظ".

(٢) أثبت من "ب" و "م" و "ظ".

(٣) وفى "م": اعتبار التقديرين.

عليه ذلك المقدار، ويفرض بقدر طاقته، فإذا علم فى الانتهاء يرفع عنه الزيادة على قدر طاقته أيضًا، أو تبرئه المرأة بنفسها؛ لأن النفقة حق المرأة، فكان لها أن ترضى بدون حقها، أو يترخّص السعر، فيكفيها دون ذلك، فالقاضى يرفع عنه قدر الزيادة؛ وهذا لما ذكرنا أنّ المعتبر فى النفقة مقدار الكفاية، والكفاية حاصل بدون الزيادة، فيرفع عنه الزيادة.

٤٤١٥- قال: فإن لم يمض شىء من الشهر حتى صالحها من هذه الثلاثة الدراهم على شىء، إن كان شيئًا يجوز للقاضى أن يفرض لها فى نفقتها بحال، نحو ما إذا صالح من هذه الثلاثة الدراهم على ثلاثة مخاتيم دقيق بعينها أو بغير عينها، يعتبر هذا الصلح تقديرًا للنفقة. وإن كان شيئًا لا يجوز للقاضى أن يفرض فى نفقتها بحال، يعتبر الصلح الثانى معاوضة، وأثر اعتبار التقدير والمعاوضة قد ذكرنا قبل هذا.

٤٤١٦- قال محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب عقيب هذه المسألة: ولا يشبه منه[1] الديون، يريد به إذا كان لرجل على آخر ثلاثة دراهم، فصالحه من الدراهم على ثلاثة مخاتيم دقيق بغير عينها، لا يجوز الصلح. والفرق أنّ فى سائر الديون الصلح بينهما معاوضة؛ لأن الدّين كان واجبًا وقت الصلح، فاعتبر الصلح معاوضة، وكان هذا بيع دَين بدَين، فلا يجوز إلا أن يدفع الدقيق فى المجلس. فأما ههنا قبل مضى الشهر فالنفقة لا تصير دَينًا، فلم يكن الصلح الثانى معاوضة، بل كان تقدير النفقة، حتى لو مضى الشهر، وصارت الثلاثة الدراهم دينًا، ثم صالحها على ثلاثة مخاتيم دقيق بغير عينها، لا يجوز الصلح أيضًا لما قلنا.

٤٤١٧- قال: وإذا صالحت المرأة زوجها على ثلاثة دراهم نفقة كل شهر، ثم إن الزوج أعطاها كفيلا ببدل الصلح جاز؛ لأن الكفالة ببدل الصلح، والصلح بينهما تقدير النفقة كفالة بالنفقة، والكفالة بنفقة المرأة جائزة؛ لأن النفقة إن لم تكن واجبة للحال تجب فى الثانى، والكفالة تجب بدَين فى الثانى جائزة على ما عرف فى موضعه، وكذلك الصلح عن نفقة الأقارب على هذا؛ لأن النفقة تستحق بالزوجيّة مرّة، وبالقرابة أخرى، فكان الجواب فى نفقة الأقارب كالجواب فى نفقة الزوجيّة.

٤٤١٨- قال فى الكتاب: والذى ذكرنا من الجواب فى الصلح عن النفقة، فكذلك فى الصلح عن الكسوة؛ لأن الكسوة للحاجة، والمعتبر فيها الكفاية كما فى النفقة، قال: إذا صالح الرجل امرأته من كسوتها على درع يهودى، وملحفة زطى، وخمار سامرى، ولم يسمّ طولها أو عرضها، ورقعتها جاز؛ لأن الثوب عين حقها، لأن حقها فى المطعوم والملبوس، وإنه

---

(١) وفى باقى النسخ التى عندنا: هذه الديون.

وجب بدلا عما ليس بمال وهو الاحتباس المستحق عليها بسبب النكاح ، والثوب إذا كان معلوم الجنس ، يجوز أن يجب دَينًا فى الذمّة مجهول الوصف ، بدلا عما ليس بمال كما فى الخلع والنكاح .

٤٤١٩- قال : وإذا صالح امرأته على نفقة سنة على ثوب ، ودفعه إليها ، فهو جائز على ما ذكرنا ، فإن استحق الثوب بعد ذلك ، ينظر إن وقع الصلح على الثوب بعد ما فرض لها القاضى النفقة ، أو بعد ما اصطلحا على شيء نفقة لكل شهر ، ثم وقع الصلح عن ذلك على هذا الثوب ، فإنها ترجع بما فرض لها القاضى النفقة ، وبما وقع عليه الصلح أول مرة ؛ لأن النفقة صارت دينًا على الزوج بمضى المدّة ، فإن أخذت ثوبا بمقابلة النفقة ، صارت مشترية لهذا الثوب بما وجب لها على الزوج من المال ، وشرى الثوب بما ينفسخ باستحقاق الثوب ، وبالردّ بالعيب ، فيثبت لها الرجوع بثمنه ، وذلك ما فرض لها . وأما إذا وقع ابتداء الصلح على الثوب ، فإنها ترجع بقيمة الثوب ؛ لأن ابتداء الصلح إذا وقع على الثوب ، والثوب إنما ملك بإزاء ما ليس بمال وهو الاحتباس المستحق عليها بعقد النكاح ، والثوب إذا ملك بإزاء ما ليس بمال ، فعند الاستحقاق ثبت الرجوع بقيمة الثوب كما فى النكاح والخلع . و[هو][1] نظير ما لو وقع الصلح عن نفقة المرأة على وصيف وسط ، ولم يجعل له أجلا ، أو جعل له أجلا ، فإن كان قبل فرض القاضى وقبل إصلاحهما جاز ؛ لأن النفقة غير واجبة فى هذه الحالة ، فيكون الوصيف بدلا عن الاحتباس الذى ليس بمال .

٤٤٢٠- والحيوان يثبت دَينًا فى الذمة بدلا عما ليس بمال حالا ومؤجلا ، وإن كان هذا الصلح بعد فرض القاضى ، أو بعد إصلاحهما لا يجوز ؛ لأنّ الحيوان هنا بدل عن النفقة والنفقة مال ، والحيوان لا يجب دَينًا فى الذمة بدلا عما هو مال .

٤٤٢١- قال : وإذا كان للرجل امرأتان أحدهما حرّة والأخرى أمَة ، بوّأها المولى بيتًا فصالحهما عن النفقة ، وقد شرط للأمَة أكثر مما شرط للحرّة جاز ؛ لأن المعتبر فى النفقة مقدار الكفاية ، وقد يكفى للحرّة ما لا يكفى للأمَة .

٤٤٢٢- فرع فى الكتاب على مسألة الأمَة فقال : إذا بوّأها المولى بيتًا فكما يجوز صلح الأمَة عن النفقة ، فكذا يجوز صلح مولى الأمة ؛ وهذا لأن كل واحد منهما ذو حظ عن النفقة ، أما الأمَة فظاهر ، وأما المولى فلأن فى النفقة إحياء مال المولى ، فكان لكل واحد منهما حظ عن النفقة ، فأيهما صالح فإنما صالح حقه فيجوز .

---

(١) أثبت من "ظ".

٤٤٢٣ - بخلاف ما لو صالحت الأَمَة زوجها عن المهر ، حيث لا يجوز ؛ لأن مهرها حق المولى من كل وجه ، وصلح الإنسان عن حق [غيره][١] من كل وجه لا يجوز ، بخلاف النفقة على ما مرّ .

فإن كان المولى لم يبوئها بيتًا ، فصالحها زوجها عن نفَقتها ، لم يجز هذا الصلح ، وكان له أن يرجع عن ذلك ؛ لأنها صالحت عما ليس بحق لها ، فإنه لا نفقة لها متى[٢] لم يبوئها المولى بيتًا .

٤٤٢٤ - قال : وإذا صالحت المرأة زوجها عن نفقتها كل شهر ، على أكثر من نفقتها زيادة لايتغابن الناس فى مثلها ، فإن الزوج تلزمه نفقة مثلها ، ولا يلزمه الزيادة على ذلك ؛ لأن الزوج فى الزيادة على نفقة مثلها متبرِّع ، فإن شاء أمضى تبرعه ، وإن شاء لم يمضِ .

٤٤٢٥ - قال : وإن كانت المرأة مكاتبة ، بوّأها المولى بيتًا ، وصالحت زوجها عن نفقتها أو مهرها جاز ؛ لأنها صالحت عما هو حقها .

٤٤٢٦ - وكذلك العبد المحجور إذا صالح عن نفقة امرأته ، وقد تزوّج بإذن المولى جاز ؛ لأن الإذن بالنكاح إذن بالإنفاق ، لأنه لا بدّ منه ، فإذا كان له الإنفاق كان له الصلح عن النفقة ؛ لأن فى الصلح إيفاء النفقة . وكذلك المكاتب إذا صالح امرأته عن نفقة كل شهر ، جاز ؛ كما جاز من العبد [المحجور][٣] بطريق الأولى[٤] .

نوع آخر فى إيجاب النفقة فى النكاح الذى لم يعرف ثبوته:

٤٤٢٧ - قال : رجل ادّعى نكاح امرأة وهى تجحد ، وأقام عليها شهودًا ، لم يكن لها على الزوج النفقة ؛ لأنه تبيّن أنها منكوحة ممنوعة عن الزوج لا بفعل الزوج .

٤٤٢٨ - وإن ادّعت امرأة على رجل أنه تزوّجها وهو يجحد ذلك ، فأقامت عليه بيّنة ، والقاضى لا يعرف الشهود واحتاج إلى المسألة ، لا يجعل لها النفقة ؛ لأن النفقة لم تكن واجبة لها بيقين ، فلا تجب بالشك .

---

(١) هكذا فى باقى النسخ التى عندنا ، وكان فى الأصل : عين .

(٢) وفى "ب" و "ف" و "م" : حتى بوأها المولى بيتا .

(٣) هكذا فى النسخ الموجودة عندنا ، وكان فى الأصل : العبد المكاتب .

(٤) وفى باقى النسخ التى اعتمدنا عليها : من الطريق الأولى .

٤٤٢٩- ثم فرّق بين هذا وبين ما لو شهد شاهدان على رجل أنه طلّق امرأته ثلاثًا ، وقد كان دخل بها ، وهى تدّعى الطلاق أو تنكره ، والقاضى لا يعرف الشهود ، ومنع القاضى الزوج من الدخول على المرأة على ما عرف ، يقضى القاضى لها على الزوج بالنفقة إذا طلبت ذلك ؛ لأن النفقة كانت مستحقة لها على الزوج بيقين ، والآن وقع الشك فى السقوط ، إن كانت مطلّقة لايسقط ، وإن كانت منكوحة يسقط ؛ لأنها ممنوعة لا بفعل الزوج ، فلا يسقط بالشك .

٤٤٣٠- فرّع على مسألة النكاح فقال : إن رأى القاضى أن يقضى لها بالنفقة ؛ لما رأى من المصلحة ، ينبغى أن يقول لها : إن كنتِ امرأته فقد فرضت لكِ نفقة كل شهر كذا ، ويشهد على ذلك ، فإذا مضى شهر وقد استدانت على الزوج ، إن عدلت تلك البيّنة فقد أخذته بنفقته تلك الأشهر منذ فرض لها ؛ لأنه إذا عدلت الشهود تبيّن أنها كانت منكوحة ممنوعة عن الزوج بفعل الزوج وهو الجحود ، وإن لم يعدل الشهود لم يكن لها عليه شىء .

٤٤٣١- قال : ولو أنّ أختين ادّعت كل واحدة منهما أنّ الرجل زوجها ، وهو يجحد ذلك ، فأقامت كل واحدة منهما شاهدين على النكاح ، ولم يوقّت البيّنتان وقت النكاح ، لكن أقامت إحداهما بيّنة على إقراره أنه تزوّجها على ألف درهم ، وأنه دخل بها ، وأقامت الأخرى بيّنة على إقراره أنه تزوّجها على مائة دينار ، وأنه دخل بها ، والقاضى فى مسألة الشهود ، وطلبتا النفقة ، جعل القاضى لها نفقة امرأة واحدة . هكذا ذكر فى الكتاب ، وعلى قياس المسألة الأولى ينبغى أن لايفرض ؛ لأنه وقع الشك فى وجوب نفقة كل واحدة منهما ، مع هذا قال : يفرض لهما نفقة امرأة واحدة بينهما ، وإنما كان كذلك ؛ لأن إحدى البيّنتين يعدل غالبا ، وكان نكاح إحداهما ثابتًا غالبًا ، فلا يقع الشك فى الوجوب ، بخلاف المسألة الأولى ، فإذا قضى القاضى بنفقة امرأة واحدة ، وليست إحداهما بأولى من الأخرى كان ذلك بينهما .

قال : فإن كانت عدلت البيّنتان ، حكم لكل واحدة منهما بالمال الذى قامت عليه البيّنة استحسانًا ، والقياس أن يحكم لكل واحدة منهما [بنصف المال الذى قامت عليه البيّنة ، وبالأقل من نصف][1] المال الذى قامت عليه البيّنة ، ومن نصف مهر مثلها .

٤٤٣٢- وإن أقامت إحداهما بيّنة على إقراره بالدخول بها دون الأخرى ، قضى بالدخول بالمهر الذى قامت عليه البيّنة ، وإن لم يدع كل واحدة الدخول أصلا ، والشهود

---

(١) هكذا فى "ب" و"ف" و"م" ، وكان فى الأصل و"ظ" : بالأقل من المال .

لم يتعرّضوا لإقرار الزوج بذلك، يفرّق بينه وبينهما ويكون لهما نصف المالين[1] بينهما.

نوع آخر:

٤٤٣٣- قال في الكتاب: وفي كل موضع وجبت النفقة، وجب السكنى مع ذلك؛ لأن الله تعالى أوجب السكنى مقرونًا بالنفقة، قال الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُّجْدِكُمْ﴾[2]، وفي قراءة ابن مسعود: "أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم"، ولأنها محتاجة إلى السكنى كحاجتها إلى النفقة.

٤٤٣٤- قال: وللزوج أن يسكنها حيث أحب، لكن بين جيران صالحين؛ لأن الزوج إن كان أرمل ينبغي له أن يسكن بين قوم صالحين، فإن كان ذو زوجة كان أحوج إلى جيران صالحين. قال: فإن أراد الزوج أن يسكنها مع أحد من أقرباءه، وطلبت المرأة منزلا على حدة فلها ذلك؛ لأن حق السكنى للمرأة إنما كان لمعنيين: أحدهما أن تعاشر مع الزوج، والثاني أن تأمن على متاعها، فإذا كان معها ثلاث تستحي من المعاشرة مع زوجها، وتخاف على متاعها، هذا إذا كان البيت واحدًا، أما إذا كانت دار فيها بيوت، فأعطاها بيتًا يغلق عليها ويفتح، فلا يكون لها أن تطالبه بمنزل آخر؛ لأنه متى كان لها بيت في دار يغلق عليها ويفتح، كان هذا بمنزلة المنازل، فيوفر عليها حقها، فلايثبت لها المطالبة بشيء آخر.

٤٤٣٥- وكذلك إذا كان له امرأتان مسكنهما في بيت واحد، فطلبت إحداهما بيتًا على حدة، فلها ذلك؛ لأن في اجتماعهما في بيت واحد ضررًا بهما، والزوج مأمور بإزالة الضرر عن المرأة، هكذا حكى عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله تعالى. وهذا التعليل يشير إلى أنّ الدار وإن كانت مشتملة على بيوت، يسكن كل واحدة من المرأتين في بيت على حدة، يغلق عليها ويفتح، كان لها أن تطالب بمسكن آخر.

٤٤٣٦- قال: فإن أسكنها في منزل ليس معه أحد، فشكت إلى القاضي أنّ الزوج يضربها ويؤذيها، وسألت القاضي أن يأمره أن يسكنها بين قوم صالحين يعرفون إحسانه، فإن علم القاضي أنّ الأمر كما قالت المرأة زجره عن ذلك، ومنعه عن التعدّي؛ لأنه علم أنه ارتكب ما لا يحل، وإن لم يعلم ينظر إن كان جيران هذا الدار قومًا صالحين، أقرّها هناك؛ لأنه لو أمره بنقلها من هذه الدار، لنقلها إلى قوم آخرين مثلهم، فلا يفيد، فلا يأمر، لكن يسأل

---

(١) وفي "ب" و"ف" و"م": نصف المال.

(٢) الطلاق: ٦.

الجيران عن صنعه بها، فإن ذكروها[1] بمثل الذى ذكرت زجره عن ذلك، ومنعه عن التعدى فى حقها، وإن ذكروا أنه لايؤذيها، فالقاضى تركها ثمه، لأنه علم أنها متعنِّتة، فإن لم يكن فى جواره من يوثق به، أو كانوا يميلون إلى الزوج، أمره أن يسكنها بين قوم صالحين، ويسأل عن ذلك، ويبنى الأمر على خبرهم؛ لما قلنا -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

(١) وفى "ظ": فإن كان ذكروها.

الفصل الثانى[(١)] فى نفقة المطلّقات

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منه فى بيان من يستحق النفقة من المطلّقات ومن لا يستحق:

٤٤٣٧- أجمع العلماء رحمهم الله تعالى على أنّ المطلّقة طلاقًا رجعيًا، تستحق النفقة والسكنى ما دامت العدة قائمة، سواء كانت حاملا أو حائلا؛ وهذا لأن بعد الطلاق الرجعى النكاح قائم، وإنما أشرف على الزوال بعد انقضاء العدة، وذلك غير مسقط للنفقة، كما إذا آلى منها، أو علّق طلاقها بمضى شهر.

٤٤٣٨- وأما المبتوتة فلها النفقة والسكنى أيضًا ما دامت فى العدة، حاملا كانت أو حائلا، وهذا مذهبنا، وقال الشافعى رحمه الله تعالى: لها السكنى، ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملا، والمبتوتة هى التى طلّقها الزوج ثلاثًا، أو طلّقها بعوض حتى وقع الطلاق بائنًا عندهم جميعًا.

حجة الشافعى رحمه الله تعالى فى ذلك، ما روى عن فاطمة بنت قيس قالت: طلّقنى زوجى ثلاثًا، فلم يجعل لى رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى، وقال: «لو كنتِ حاملا كان لك النفقة»[(٢)]، إلا أنا تركنا ظاهر هذا الحديث فى حق السكنى بالإجماع، ولا إجماع فى النفقة، فبقى على ظاهره.

وحجتنا فى ذلك، ما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال للمطلّقة ثلاثًا: النفقة والسكنى، وهذا نص فى هذا الباب.

وما روى من الحديث قد طعن فيه الأكابر من الصحابة والتابعين، فلا يكون حجة، والمعنى فى ذلك: أنّ المرأة ما دامت فى العدّة فهى محبوسة بحق الزوج، فإن منفعة الحبس تعود إليه، وهو صيانة ماءه، فكانت محبوسة بحقه، فتكون نفقتها عليه كما فى حال قيام النكاح.

---

(١) وفى "ف": منها من هذه المسائل الفصل الثانى. . . إلخ.

(٢) حديث فاطمة بنت قيس أخرجها مسلم: ٢٧٢٢، والترمذى: ١٠٥٤، والنسائى: ٣١٧٠، وأبو داود: ١٩٤٤، وابن ماجه: ٢٠٢٥، والدارمى: ١٠٦٤.

٤٤٣٩- ثم فرّق بين المطلّقة وبين المتوفى عنها زوجها، فإن المتوفى عنها زوجها لاتستحق النفقة في تركة زوجها، والمطلّقة تستحق النفقة على الزوج، وموضع الفرق شرح طلاق "المبسوط".

٤٤٤٠- قال في الكتاب: والنفقة واجبة للمعتدة طالت المدة أو قصرت، ويكون القول في العدة: إنها لم تنقض قولها مع يمينها؛ لأنها أمينة في الإخبار عما في رحمها، وقول الأمينة مقبول، وإليه أشار أبي بن كعب في قوله: من الأمانة أن تؤمن المرأة على ما في رحمها. فإن أقام الزوج بيّنة على إقرارها بانقضاء العدة، برئ من النفقة؛ لأن ثبوت إقرارها بالبيّنة كثبوته بالمعاينة، فإن ادّعت حبلا أنفق عليها ما بينها وبين سنتين منذ يوم طلّقها؛ لأن عدة الحامل إنما تنقضي بوضع الحمل، والولد يبقى في البطن إلى سنتين، وإن مضى سنتان ولم تلد انقطعت النفقة؛ لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين، فإن قالت: كنت أظن أني حامل ولم أحض، يعني إني ممتدّة الطهر إلى هذه الغاية، وأظن أنّ هذا الذي لي ريح، وأنا أريد النفقة حتى تنقضي عدّتي، وقال الزوج: قد ادّعيت الحبل، وأكثر مدة الحمل سنتان، فالقاضي لا يلتفت إلى قوله، ويلزمه النفقة ما لم تنقض العدة؛ لأن هذا أمر قد يشتبه، فإنّ معرفة ما في الرحم لله تعالى حقيقة[1]، قال الله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا فِي الأَرْحَامِ﴾[2]، فتكون معذورة في ذلك، فكان لها النفقة حتى تنقضي عدّتها، وعدّتها تنقضي بثلاث حيض، أو بدخولها في حد الإياس ومضى ثلاثة أشهر بعد ذلك، فإن حاضت في هذه الأشهر بالحيض، استقبلت العدة بالحيض؛ لأنه تبيّن أنها لم تكن آيسة، والنفقة واجبة لها في جميع ذلك ما لم يحكم بانقضاء العدة؛ لأنها محتبسة بعدَّتها منه.

٤٤٤١- وسئل أبو بكر عمّن طلّق امرأته وكتم عن الناس، فلما حاضت حيضتين وطئها فحبلت، ثم أقرّ بطلاقها؟ قال: لها النفقة ما لم تضع حبلها[3]؛ لأن انقضاء عدّتها بوضع الحمل، قال: فإن طلّق الزوج امرأته، وهي صغيرة لم تحض بعد، وقد دخل بها ومثلها يجامع، فعدّتها ثلاثة أشهر على ما عرف في كتاب الطلاق، وينفق عليها ما دامت العدّة قائمة لما ذكرنا، وهذا إذا لم تكن المرأة مراهقة، فعدّتها لا تنقضي بثلاثة أشهر، بل يتوقّف في حالها إلى أن يظهر أنها هل حبلت بذلك الوطء أم لا؟ فينبغي أن يردّ عليها النفقة ما لم يظهر

---

(١) وفي "ب" و "ف": فإن معرفة ما في الرحم حقيقة لله تعالى.

(٢) لقمان: ٣٤.

(٣) وفي "ظ": حملها.

فراغ رحمها ، هكذا ذكر[(١)] عن الشيخ الإمام الجليل أبى بكر محمد ابن الفضل البخارى . فلو أنها حاضت فى هذه الأشهر الثلاثة تستأنف العدة بالحيض ، ويكون لها النفقة حتى تنقضى عدتها لما ذكرنا .

٤٤٤٢- قال : ويعتبر فى النفقة ما يكفيها ، وهو الوسط من الكفاية ، وهى غير مقدّرة ؛ لأن هذه النفقة نظير نفقة النكاح ، فيعتبر فيها ما يعتبر فى نفقة النكاح ، ثم نفقة العدّة إبقاء لنفقة النكاح ، وليست بشىء آخر ، حتى قلنا : إنّ كل امرأة تستحق النفقة حال قيام النكاح ، تستحق حال قيام العدة [وكل امرأة لا تستحق النفقة حال قيام النكاح ، لا تستحق النفقة حال قيام العدّة][(٢)] ، فإنّ المولى إذا بوّأ الأمَة بيتًا ؛ لما استحقت النفقة حال قيام النكاح ، لم تستحق النفقة بعد الفرقة[(٣)] ، ومتى لم يبوئها المولى بيتًا ، لم تستحق النفقة حال قيام النكاح ، لم تستحق النفقة بعد الفرقة أيضًا .

٤٤٤٣- إذا ثبت هذا فنقول : المعتدّة إذا لم تخاصم فى نفقتها ، أو لم يفرض القاضى لها شيئًا ، حتى إذا انقضت العدة فلا نفقة لها ؛ لأنّ النفقة فى حال النكاح لا تصير دَينًا إلا بقضاء أو رضًى ، فكذا فى حال العدّة ، وإن كان الزوج غائبًا فاستدانت عليه ، ثم قدِم بعد انقضاء العدّة ، يقضى عليه لها بنفقة مثلها ، وهو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الأول ، ثم رجع وقال : لا يقضى كما فى نفقة النكاح .

٤٤٤٤- وأما إذا فرض القاضى لها النفقة فى حال العدّة ، وقد استدانت على الزوج أو لم تستدن ، ثم انقضت عدّتها قبل أن تقبض شيئًا من الزوج ، فإن استدانت بأمر القاضى كان لها أن ترجع على الزوج بذلك ؛ لأن استدانة المرأة بأمر القاضى ، وللقاضى[(٤)] ولاية كاملة بمنزلة استدانة الزوج بنفسه ، وأما إذا استدانت بغير أمر القاضى ، أو لم تستدن أصلا ، هل ترجع على الزوج بذلك أم لا؟ قال شمس الأئمة الحلوانى فى "شرح أدب القاضى" : فيه

---

(١) وفى باقى النسخ التى عندنا : حكى مكان ذكر .

(٢) أثبت من "ف" و "م" .

(٣) وفى "ظ" و "م" : فإن المولى إذا بوّأ الأمة بيتا لما استحقت النفقة حال قيام النكاح استحقت أيضًا بعد التفرقة ، ومتى لم يبوئها المولى بيتا لم تستحق النفقة حال قيام االنكاح لم تستحق النفقة بعد الفرقة أيضًا إذا ثبت هذا . . . إلخ .

(٤) وفى "م" : لأن استدانة المرأة بأمر القاضى بمنزلة استدانة الزوج نفسه ؛ لأن للقاضى ولاية كاملة . . . إلخ .

كلام، قال الشيخ الإمام: والظاهر عندى أنه لا يسقط، وأشار شمس الأئمة السرخسى إلى أنه يسقط، حيث علّل فقال: سبب استحقاق هذه النفقة العدة، والمستحق بهذا السبب فى حكم الصلة، فلا بدّ من قيام السبب لاستحقاق المطالبة، ألا ترى أنّ الذمّى إذا أسلم وعليه خراج رأسه، لم يطلب بشىء منه، فكذا هنا، وهو الصحيح.

٤٤٤٥- قال الخصّاف فى نفقاته: وكل نكاح كان الزوجان يتوارثان عليه لو مات أحدهما، فطلّقها فيه الزوج، وقد دخل بها، فإن لها فيه النفقة والمهر بدخوله بها، قال رحمه الله تعالى فى شرحه: وهذا الأصل غير سديد على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

٤٤٤٦- فإنّ الذمّى إذا تزوّج بأمَة، فإنها تستحق النفقة عنده، ولا يتوارثان لو مات أحدهما، وكما تستحق المعتدّة النفقة، تستحق الكسوة؛ لأن المعنى يجمعهما وهو الحاجة، غير أنّ فى الكتاب لم يذكر كسوتها؛ لأنها لا تبقى فى العدّة مدّة تحتاج إلى الكسوة غالبا، حتى لو احتاجت يفرض القاضى لها ذلك أيضًا. والدليل على أنّ المعتدّة تستحق الكسوة، أنها تستحق النفقة، واسم النفقة كما يتناول الطعام يتناول الكسوة، قال هشام فى "نوادره": قلت لمحمد رحمه الله تعالى: النفقة هى الطعام وحده؟ قال: ولكن الطعام والكسوة.

٤٤٤٧- قال فى الكتاب: فى كل موضع وجب على الزوج نفقة العدة، يجب عليه مؤنة السكنى، كما فى حال قيام النكاح، فبعد هذا ينظر إن كان للزوج منزل مملوك، فعليه أن يسكنها فيه، وإن لم يكن للزوج منزل مملوك فعليه أن يكترى منزلا لها، ويكون الكراء على الزوج؛ لأن الإسكان عليه، وإن كان الزوج معسرًا تؤمر المرأة أن تستدين الكراء وتؤدى، ثم ترجع على الزوج إذا أيسر، كما هو الحكم فى النفقة حال قيام النكاح.

٤٤٤٨- ثم الأصل لما بعد هذا: أنّ الفرقة متى وقعت بين الزوجين، ينظر إن كانت الفرقة من جهة الزوج، فلها النفقة سواء كانت الفرقة بمعصية أو بغير معصية، وإن كانت الفرقة من جهة المرأة، إن كانت بحق فلها النفقة، وإن كانت بمعصية فلا نفقة لها، وإن كانت الفرقة لمعنى من جهة غيرها فلها النفقة؛ وهذا لأن النفقة صلة، وعصيان من يستحق عليه النفقة لا تؤثر فى بطلان الصلة، أما عصيان من يستحق الصلة فيؤثر فى ذلك، واعتبر هذا بالوارث إذا قتل المورِّث، إن كان بحق لا يحرم الميراث، وإن كان بغير حق يحرم، كذا هنا.

٤٤٤٩- وإذا عرفت هذا الأصل فنقول: الملاعِنة لها النفقة والسكنى؛ لأن الفرقة باللعان فرقة بطلاق، فكانت جناية من قِبل الزوج، وكذا المبانة بالخلع، والإيلاء، وردّة الزوج، ومجامعة الزوج أمها، تستحق النفقة؛ لأن هذه الفرقة كلها من جهة الزوج، بعد أن

كانت مستحقة للنفقة فى أصل النكاح، فيبقى هذا الحق ببقاء العدة.

٤٤٥٠- وامرأة العنِّين إذا اختارت الفرقة، فلها النفقة والسكنى، وكذلك المدبّرة وأم الولد إذا أعتقتا [واختارتا][1]، وهما عند زوج قد بوّأها المولى بيتًا، فلهما النفقة والسكنى، وكذلك الصغيرة إذا أدركت فاختارت نفسها، فلها النفقة والسكنى وإن جاءت الفرقة من جهة المرأة فى هذه المسائل؛ لأن الفرقة ما جاءت بسبب هو معصية. وكذلك الفرقة إذا وقعت بسبب عدم الكفاءة بعد الدخول فلها النفقة؛ لأن الفرقة جاءت بحق مستحق.

٤٤٥١- والمنكوحة إذا ارتدّت -والعياذ بالله تعالى- أو طاوعت ابن الزوج حتى وقعت الفرقة، لا نفقة لها؛ لأن الفرقة جاءت من قِبلها بسبب هو معصية، وإن جامعها ابن الزوج مكرهة تقع الفرقة، ولا تسقط النفقة؛ لأن الفرقة جاءت من قِبل غيرها، ثم فرّق بين النفقة والمهر، فإنّ الفرقة إذا جاءت من قِبل المرأة قبل الدخول، يسقط المهر سواء كانت عاصية فى ذلك أو محقّة، والفرق وهو أنّ المهر عوض من كل وجه، ولهذا لا يسقط بموت أحدهما.

٤٤٥٢- وإذا فات العوض لمعنى جاء[2] من جهة من له العوض، يسقط حقه فى العوض، إذ العوض لا يستحق بدون المعوض كالثمن فى باب البيع[3]، إنما نفقات الزوجات عوض من وجه [صلة من وجه][4]، فإذا كانت بين الصلة والعوض، اعتبرناها عوضًا متى جاءت الفرقة؛ لسبب هى فى ذلك عاصية، والعوض يسقط متى فات المعوض من جهة من له الحق فى العوض كما فى المهر، ومن حيث إنها صلة لا تسقط، وإن فات العوض من جهتها إذا كانت فى ذلك محقّة، والصلات تجب بلا عوض كنفقة الأقارب.

٤٤٥٣- ثم قال فى الكتاب: والمنكوحة إذا ارتدّت حتى وقعت الفرقة، لا نفقة لها أصرّت على ذلك، أو رجعت عن الردّة وتابت، فرّق بين هذا وبينما إذا نشزت، فطلّقها الزوج ثم تركت النشوز، فإنها تستحق النفقة ما دامت العدة باقية، وهنا قال: إذا أسلمت لا تستحق النفقة وإن كانت العدة باقية[5]، والفرق وهو أنّ فى الردّة، المسقط للنفقة فرقة جاءت من قِبلها بسبب هو معصية، وهذا لا يرتفع بإسلامها، فلا يرتفع السقوط. وأما فى تلك المسألة

(١) أثبت من "ب" و"ف".

(٢) وفى "ف": صار.

(٣) أثبت من "ب" و"ظ".

(٤) وفى "ف": كالثمن فى باب البيع ما يعقد الزوجان، ويعوض من وجه، فإذا كانت بين الصلة.

(٥) وفى "ب" و"ف": إذا أسلمت والعدة باقية لا تستحق النفقة... إلخ.

المسقط هو النشوز، دون الفرقة الجائية من قبلها؛ لأن الفرقة لا تقع بالنشوز، فإذا عادت إلى بيت الزوج، ارتفع النشوز فارتفع السقوط[١]، فعاد حقها فى النفقة.

٤٤٥٤- ثم ما ذكر فى الكتاب أنّ المختلعة تستحق النفقة، فذلك إنما يكون إذا وقع الخلع مطلقًا، فأما إذا اشترط الخلع أن لا سكنى لها ولا نفقة، فلها السكنى ولا نفقة لها؛ لأنها بهذا الشرط أسقطت النفقة والسكنى، والنفقة فى حق المرأة والسكنى فى بيت العدّة، كما هو حقها، فهو حق الشرع، فإسقاطها إن عمل فى حقها لا يعمل فى حق الشرع، حتى لو شرط الزوج فى الخلع أن لا يكون عليه مؤنة السكنى، ورضيت به المرأة أن تسكن فى بيت نفسها، أو يلتزم مؤنة السكنى من مالها، بأن كانا يسكنان فى بيت بكراء صحّ، ويجب الأجر عليها؛ لأن ذلك محض حقها.

٤٤٥٥- ثم فرّق بين هذا وبينما إذا أبرأت المرأة زوجها عن النفقة، قبل أن تصير النفقة دَينًا فى الذمة، فإنه لا يصح ذلك بالاتفاق، وإذا شرط فى عقد الخلع براءة الزوج عن النفقة صحّ. والفرق وهو أنّ الإبراء إذا شُرط فى الخلع كان إبراء بعوض، والإبراء بعوض يكون استيفاء لما وقعت البراءة عنه؛ لأن العوض قائم مقام ما وقعت البراءة عنه، والاستيفاء قبل الوجوب جائز، فإنها إذا أخذت نفقة شهر جملة جاز. فأما فى غير الخلع فالإبراء إنما حصل بغير عوض، فيكون إسقاطا محضًا، وإسقاط الشيء قبل الوجوب لا يصح بالاتفاق.

٤٤٥٦- وكذلك الجواب فى نفقة الولد وهو مؤنة الرضاع، لا يسقط بسبب الخلع، إن لم يشترط ذلك فى الخلع، وإن شرط ذلك[٢]، فالخلع إن وُقِّت بأن قال: إلى سنة، أو سنتين، أو ثلاث جاز، وما لا فلا، وإذا وقعت حتى جاز، إن مات الولد قبل تمام المدّة، فالزوج يرجع عليها بما بقى من أجر، مثل الرضاع إلى تمام المدّة، هكذا ذكر فى الكتاب، والحيلة فى ذلك حتى[٣] لايرجع، أن تقول المرأة للزوج، حتى يقول لها الزوج على هذا الوجه: خالعتكِ على أنّى بريء من نفقة الولد إلى سنتين، إن مات الولد فى بعض السنة فلا رجوع لى عليكِ.

٤٤٥٧- قال فى الكتاب: وفى فصل الخلع فى كل موضع لم يصحّ الإبراء عن السكنى، ينظر إن كان المنزل ملكًا للزوج، ينبغى أن يخرج الزوج من المنزل، أو يعتزل عنها ويتركها فى

---

(١) وفى "ب" و"ف": المسقط.

(٢) وفى "ظ": وإن شرط ذلك فى الخلع إن وقت. . . إلخ.

(٣) وفى "ظ": أن لا يرجع.

ذلك المنـزل إلى أن تنقضى عـدّتـهـا ، وكـذلك إذا كـان المنـزل بكـراء ، وإن استكرى لهـا منزلا آخر يجوز ، لكن الأفضل أن يتركـهـا فى المنزل الذى كـانا يسكنان فيـه قبل الطلاق ، هذا هو الكلام فى الطلاق البائن .

٤٤٥٨- فأما إذا كـان الطلاق رجعيًا فقد ذكـر الخصّاف فى نفقاته : أنه يسكنها فى المنزل الذى كـانا يسكنان فيه قبل الطلاق ؛ لأنه لا يجب على الزوج أن يعتزلها ، فكان له أن يسكنها فى ذلك المنزل [ويعتزلها][1] ، وهو فيه ، وفى الطلاق البائن يسكنها أيضًا فى ذلك المنزل ، لكن الزوج يخرج عن ذلك المنزل ، أو يعتزل عنها فى ناحية .

٤٤٥٩- قال : وإذا طلّق الرجل امرأته طلاقًا بائنًا وهى أمَة ، وقد كـان المولى بوّأها بيتًا ، فعلى الزوج النفقة ، فإن أخرجـهـا المولى لخدمة وكـانت فى العدّة لا نفقة لهـا ، فإن أعـادها إلى بيت الزوج ، وترك استـخـدامـهـا فلها النفقة ؛ وهذا لأن نفقة العـدّة معـتبـرة بنفـقـة النكاح ، والجواب فى نفقة النكاح على هذا التفصيل ، فكذا فى نفقة العدّة . فأما إذا كانت قبل الطلاق فى بيت المولى ، ولـم تعـد إلى بيت الزوج حـتى طلّقـهـا الزوج ، ثم عـادت إلى بيت الزوج بعـد الطلاق ، فلا نفقة لها عند علماءنا الثلاثة .

٤٤٦٠- فـرّق بين هذه وبين الحـرّة إذا كـانت نـاشـزة وقت الطلاق ، ثم عـادت إلـى بيت الزوج فإنها تستحق النفقة ، والفرق أنّ فى حق الأمَة النكاح حالة الطلاق لم يكن سببًا لوجوب النفقة ؛ لأنه لم يكن سببًا لوجوب الاحتباس ، ولهذا لو أراد الزوج أن يعيدها إلى منزله من غير رضـا المولى لم يكن له ذلك . وبـالطلاق زال النكاح من وجه وبقى من وجـه ، فـإذا عـادت إلى بيت الزوج وتحقق الاحـتبـاس ، إن صار النكاح سببًا من الوجه الذى هو باقٍ فمن الوجه الذى هو زائل لا يصير سببًا ، فلا يصير سببًا بالشك والاحتمال .

أمـا فى الحرّة ، فـالنكاح حـالة الطلاق كـان سببًا لوجـوب النفـقة ؛ لأنه كـان سببًا لوجـوب الاحتباس ، ولهـذا لو أراد الزوج أن يعيدها إلى بيته كـان له ذلك شاءت أو أبت إلا أنها بالنشوز فوّتت الاستـيـفـاء عـلى الـزوج ، فـجـوزيت بالمنع من الاسـتـيـفـاء أيضًـا ، فـإذا عـادت إلى بيت الزوج فقـد تمكّن الزوج من استيفاء ما عليها ، فتمكّنت المرأة من استيفاء ما عليه أيضًا .

فرّق بين هذا وبينما لو أخرجها المولى [من بيت الزوج][2] بعـد الطلاق ثم أعادها كان لها النفقة ؛ لأن النكاح حالة الطلاق كان سببًا لوجوب النفقة ، لكن السقوط كان بعارض أمر ، فإذا

---

(١) هكذا فى "م" .

(٢) أثبت من "ب" و "م" .

زال العارض ارتفع المسقط فيرتفع السقوط ، أما هنا فبخلافه على ما مرّ .

٤٤٦١- قال : ولو أنّ رجلا تزوّج أمَة[1] بإذن مولاها ، ولم يبوئها المولى بيتًا حتى طلّقها الزوج طلاقًا رجعيّا فإنّ للسيد أن يأخذ الزوج حتى يبوئها بيتًا ، يعنى أنّ للمولى أن يخلى بينها وبين الزوج فى بيت واحد ، وينفق الزوج عليها حتى تنقضى العدة ؛ لأنّ الطلاق الرجعى لا يقطع النكاح ، فإن كان الطلاق بائنًا فليس للسيد أن يأخذ الزوج حتى يبوئها بيتًا ، يعنى لا يخلى بينها وبين الزوج فى بيت واحد ؛ لأن الطلاق البائن يحرم الوطء .

٤٤٦٢- وهل للمولى أن يطالب الزوج بالنفقة ما دامت معتدّة؟ ذكر الخصّاف فى نفقاته : أنّ له ذلك ، قال الصدر الشهيد برهان الأئمة : إنه ليس لها النفقة ، وما ذكرنا من المسألة قبل هذه المسألة يصير رواية لما قاله ؛ وهذا لأنها لا تستحق النفقة حال قيام النكاح قبل التبوئة ، وكل من لايستحق النفقة حال قيام النكاح لا يستحق النفقة بعد الطلاق ، وقد ذكرنا هذا الأصل قبل هذا .

٤٤٦٣- فرع على هذه المسألة فقال : ولو طلّقها الزوج طلاقًا رجعيّا ، ثم أعتقها المولى ، كان لها أن تطلب من الزوج حتى يبوئها بيتًا وينفق عليها ؛ لأنها ملكت أمر نفسها ، وإن كان الطلاق بائنًا فالزوج لا يخلو بها فى بيت واحد لما قلنا ، وهى لاتأخذه بالسكنى ، وهل لها أن تأخذه بالنفقة؟ ذكر الخصّاف أنّ لها ذلك ، والصحيح أنه ليس لها ذلك لما قلنا .

٤٤٦٤- قال : إذا أعتق أمّ ولد لا نفقة لها فى العدّة ؛ لأن ما به تستحق النفقة -وهو ملك اليمين- قد زال كله ، فسقطت النفقة الواجبة قبل العدّة ، لو وجبت النفقة وجب ابتداء ، والعدّة لاتصلح لإيجاب نفقة لم تكن قبلها ، وكذلك لو مات المولى حتى عتقت أم الولد بموته لا نفقة لها فى تركة الميت ، ولكن إن كان لها ولد فنفقتها تكون فى نصيب الولد ؛ لأن الأم إذا كانت معسرة كانت نفقتها على الولد ، وإن كان الولد صغيرًا على ما يأتى [بيانه][2] بعد هذا -إن شاء الله- .

٤٤٦٥- قال محمد فى "الكتاب" : وإذا أقرّ الرجل بحرمة امرأة وقد دخل بها وفرّق بينهما فلها المسمّى من المهر ونفقة العدّة ، ومعنى هذه المسألة أنّ الزوج ادّعى فساد النكاح من الأصل وأقرّ بالحرمة ، وأسند الحرمة إلى الزمان الماضى ؛ وهذا لأن الزوج أقرّ على نفسه بالحرمة ، وعليها بسقوط المسمّى والنفقة ، فيصدّق فى حق نفسه لا فى حق نفسها -والله أعلم .

---

(١) وفى "ب" و"م" : أمة رجل .

(٢) أثبت من "م" .

نوع آخر فى الأسباب المسقطة لهذه النفقة:

٤٤٦٦- قال محمد فى المعتدّة: إذا وجبت لها النفقة كانت هى فى العدّة بمنزلة الزوجة التى لم تطلّق، وما وجبت للزوجة[١] التى لم تطلّق من النفقة، فكذلك للمعتدّة ما دامت فى العدّة، وما حرمت به من النفقة وهى زوجة، تحرم به[٢] إذا كانت فى العدّة. والمراد منه إذا ارتدّت عن الإسلام[٣] فى عدّتها فحبست حتى تتوب، أو حبست المعتدّة فى الدَّين أو خرجت إلى الحج؛ لأنه لما فاتت حقيقة الاحتباس بهذه الأسباب، فاتت منفعة صيانة ماء الزوج، فلا تتحقق النفقة..

٤٤٦٧- فأما إذا لم يفت [يعنى][٤] الاحتباس فى العدّة، بأن ارتدّت فى العدّة، لكن لم تحبس بعد، إنما هى فى بيت الزوج، أو قبّلت ابن الزوج، أو ما أشبه ذلك، فإنه لا يسقط نفقتها متى حصلت فى العدّة، وإن كانت تسقط النفقة حال قيام النكاح. وإنما كان كذلك؛ لأن فى حال قيام العدّة إذا لم يفت الاحتباس بسبب هذه الأفعال كانت منفعته -وهو صيانة الماء- حاصلة للزوج، فكان ما هو المقصود حاصلا للزوج فتستحق النفقة. أما فى حال قيام النكاح فقد فوّتت الاحتباس الذى هو مطلوب بالنكاح -وهو الاحتباس لمنفعة الوطئ ودواعيه- فجوزيت بالحرمان.

٤٤٦٨- فرع على ما إذا ارتدّت وحبست حتى سقطت النفقة، فقال: لو رجعت إلى الإسلام فلها النفقة والسكنى؛ لأن استحقاق النفقة كان ثابتًا لها، لكن السقوط كان لعارض، وهو الحبس بالردّة حتى تتوب، فإذا أسلمت زال العارض [فيعود][٥] الاستحقاق كما لو نشزت، ثم عادت إلى بيت العدة.

فرّق بين هذا وبينما [لو ارتدّت][٦] وهى منكوحة حتى وقعت الفرقة، وسقطت النفقة، ثم أسلمت بعد ذلك؛ فإنّ النفقة لا تعود. والفرق أنّ الفرقة فى ارتداد المنكوحة إنما وقعت لمعنى مضاف إليها وهى معصية، فسقطت النفقة أصلا، فلا تعود بعد ذلك، أما إذا

---

(١) وفى "ظ": الزوجية.

(٢) وفى "ب" و "ف": وهى زوجة فكذلك إذا كانت... إلخ.

(٣) وفى "م": إذا ارتدت عن الإسلام -العياذ بالله-.

(٤) هكذا فى "م".

(٥) هكذا فى النسخ الموجودة عندنا، وكان فى الأصل: فيزول.

(٦) هكذا فى النسخ التى اعتمدنا عليها، وكان فى الأصل: لو ردت.

ارتدّت وهى معتدَّة، فبسبب الوجوب قد تقرر، لكن الوجوب امتنع[1] فى بعض المدة بعارض أمر وقد زال ذلك، فيزول المنع كما فى النشوز.

٤٤٦٩- قال: وإن كانت المعتدّة حين ارتدّت والتحقت بدار الحرب، ثم أسلمت بعد ذلك، أو سُبيت فأعتقت فلا نفقة لها؛ لأنها لما لحقت بدار الحرب مرتدّة فقد سقطت العدّة حكما لانقطاع العصمة بتباين الدارين، فكان بمنزلة ما لو سقطت النفقة بمضى العدَّة.

٤٤٧٠- وهذا الذى ذكرنا كله فى الطلاق البائن، أو الطلقات الثلاث، جئنا إلى الطلاق الرجعى، فنقول: المعتدّة بالطلاق الرجعى إذا وطئها ابن الزوج، أو قبّلها بشهوة وهى مطاوعة، أو ارتدّت فحبست أو لم تحبس، فلا نفقة لها؛ لأن فى الطلاق الرجعى الفرقة ما وقعت بالطلاق، فيكون وقوع الفرقة بسبب واحد منها وهو معصية، فيوجب ذلك سقوط النفقة، ولا كذلك فى الطلاق البائن والطلقات الثلاث.

٤٤٧١- قال: المعتدة إذا خرجت عن بيت العدة تسقط نفقتها، هكذا روى عن الضحاك مطلقًا. فهذا عندنا ما دامت على النشوز، فإن عادت إلى بيت الزوج، كان لها النفقة والسكنى كما فى حال قيام النكاح. ثم الخروج عن بيت العدة على سبيل الدوام ليس بشرط لسقوط النفقة. فإنها إذا خرجت زمانًا وسكنت زمانًا لاتستحق النفقة. هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى.

٤٤٧٢- فى "أدب القاضى" للخصّاف، فى شرح أحاديث باب إثبات الوكالة قال: وكذلك إذا كانت ناشزة وقت الطلاق، ثم عادت إلى بيت الزوج بعد الطلاق تستحق النفقة؛ وهذا لما ذكرنا أنّ نفقة العدّة إبقاء لنفقة النكاح، فيكون هذه الحال معتبرة بحال قيام النكاح، والجواب حال قيام النكاح على هذا الوجه، فكذا حال قيام العدة.

٤٤٧٣- وفى "فتاوى النسفى": المعتدة عن طلاق بائن إذا تزوّجت فى العدّة، ووُجد الدخول وفرّق بينهما، ووجبت عليها العدة منهما، لا نفقة لها على الزوج الثانى؛ لأن النكاح [مع الزوج][2] الثانى فاسد، وإنما نفقتها على الزوج الأول؛ لأنها لاتوصف بالنشوز بمنعها نفسها منه هنا؛ لأن الطلاق بائن والحل زائل، هكذا ذكر هنا. وتأويل هذه المسألة إذا تزوّجت وهى فى العدة، ولم تخرج من بيت العدة، أما إذا خرجت عن بيت العدة فلا تستحق النفقة، لما قلنا.

---

(١) وفى "ف" و "ب": لكن امتنع الوجوب.

(٢) أثبت من "ب" و "ف" و "ظ".

نوع آخر فى الصلح عن نفقة العدة:

٤٤٧٤- قال: وإذا صالح الرجل امرأته عن نفقتها ما دامت فى العدة على دراهم مسماة لا يزيدها عليها حتى تنقضى العدة، ينظر، إن كانت عدّتها بالحيض لايجوز الصلح وإن كانت بالأشهر جاز؛ وإنما كان هكذا لأن العدة إذا كانت بالحيض فمدة العدة[1] مجهولة، فلا يدرى حصة كل يوم [من المصالح عليه، وإنها تحتاج إلى استيفاء حصة كل يوم][2] بعد الصلح؛ لأن كل يوم مضى فنفقة ذلك اليوم تصير دَينًا لها على الزوج فيكون لها استيفاء ذلك لا محالة، فإذا لم يكن حصة كل يوم معلومة يقع بينهما منازعة مانعة من التسليم والتسلم، ومثل هذه الجهالة تمنع جواز الصلح، كما لو صالحت عن نفقتها مع الزوج ما دامت زوجة له على مال معلوم كان الصلح باطلا، كذا هنا، بخلاف ما إذا كانت عدَّتها بالأشهر؛ لأن مدة النفقة معلومة وهى ثلاثة أشهر، فيكون حصة كل يوم من النفقة معلومة، فيمكنها استيفاء حصة كل يوم بمضى وقت الصلح، فكان الصلح جائزاً.

٤٤٧٥- قال: إذا خالع الرجل امرأة، وطلّقها طلاقا بائنًا، ثم صالحها عن السكنى على دراهم، فإنّ هذا لا يجوز؛ لأن السكنى حال قيام العدة وإن كان من حقوق الزوج ففيه حق الله تعالى أيضًا، فلو جاز هذا الصلح أدّى إلى إبطال حق الله تعالى فلا يجوز.

٤٤٧٦- فإن صالحها عن النفقة على دراهم، إن لم يشترط فى الخلع براءته عن النفقة جاز الصلح، وإن شرط فى الخلع براءته عن النفقة لا يجوز الصلح؛ لأنّ البراءة عن النفقة متى كانت مشروطة فى الخلع صحيحة، فهى إنما صالحت عما ليس بحق لها، فلا يجوز. استشهد فى الكتاب فقال: ألا ترى أنّ المنكوحة نكاحًا فاسدا إذا صالحت زوجها عن النفقة على دراهم لا يجوز؛ لأنها صالحت عما ليس بحق لها، فكذا هذا -والله أعلم-.

نوع آخر فى اختلاف الزوجين فى وقوع الطلاق وبيان حكم النفقة فيه:

٤٤٧٧- قال الخصّاف فى نفقاته: ولو أنّ رجلا قدّمته امرأته إلى القاضى، وطالبته بالنفقة، فقال الرجل للقاضى: كنت طلّقتها منذ سنة، وانقضت عدّتها فى هذه المدة، وجحدت المرأة الطلاق، فإنّ القاضى لا يقبل قوله؛ لأن الطلاق يظهر بقوله فى الحال وهو

---

(١) وفى "م": هذه النفقة، وفى "ف": فمدة النفقة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بالاستناد يريد إسقاط النفقة عن نفسه فلا يصدّق إلا بالبيّنة، فإن شهد له شاهدان بذلك [والقاضى لا يعرفهما فإنه يأمره بالنفقة عليها؛ لأن وقوع الطلاق فى ذلك الوقت لم يظهر بعد، فإن عدلت][1] الشهود وأقرّت أنها قد حاضت ثلاث حيض فى هذه السنة فلا نفقة لها عليه، وإن كانت أخذت منه شيئًا ردت عليه؛ لأنه ظهر أنها أخذت مال الغير بغير حق.

٤٤٧٨- قال: ولو شهد شاهدان على رجل أنه طلّق امرأته ثلاثًا، وهى تدّعى الطلاق أو تنكر، فإنه ينبغى للقاضى أن يمنع الزوج من الدخول عليها، والخلوة معها، ما دام القاضى مشغولا بتزكية الشهود؛ لأن الشهود يحتمل أن يكونوا صدَقة، وعلى هذا التقدير كانت المرأة أجنبيّة، ويحتمل أن يكونوا كذَبة، وعلى هذا التقدير كانت منكوحة فوجب المنع احتياطا، فلا يخرجها القاضى فى هذا الوجه من منزل زوجها. نص عليه فى "الجامع" ولكن يجعل معها امرأة أمينة تمنع الزوج من الدخول عليها وإن كان الزوج عدلا.

٤٤٧٩- فرّق بين هذا وبينما إذا طلّق الرجل امرأته ثلاثًا، ومنزله ضيّق، فجعل بينهما سترًا حائلا، فإنه يكفى ولا تحتاج إلى امرأة أمينة إذا كان الزوج عدلا. والفرق عرف فى موضعه. ونفقة الأمينة هنا فى بيت المال؛ لأنها مشغولة بمنع الزوج عن الدخول عليها حقًّا لله تعالى احتياطًا لأمر الفرج، فكانت عاملة لله تعالى فيكون نفقتها فى مال الله تعالى وهو مال بيت المال.

٤٤٨٠- فإن طلبت المرأة من القاضى النفقة وهى تقول: طلَّقنى، أو تقول: لم يطلِّقنى أو تقول: لا أدرى أطلَّقنى أم لم يطلِّقنى؟ فهذا على وجهين: إن لم يكن الزوج دخل بها فالقاضى لا يقضى لها بالنفقة؛ لأنه إذا وقع الطلاق عليها، فهى مبانة من غير عدّة، فلا يجب لها النفقة وإن لم يقع الطلاق عليها وهى محبوسة عن الزوج، والمنكوحة متى حبست عن الزوج لا تستحق النفقة.

٤٤٨١- وإن كان قد دخل بها فالقاضى يقضى لها بمقدار نفقة العدّة إلى أن يسأل عن الشهود؛ لأنه إذا وقع الطلاق عليها فلها نفقة العدة، وإن لم يقع لا نفقة لها؛ لأنها منكوحة محبوسة عن الزوج، وإذا احتمل يقضى لها بنفقة العدة إلى أن يسأل عن الشهود، فإن تطاولت المسألة عن الشهود حتى انقضت العدة لم يزدها القاضى على نفقة العدّة شيئًا؛ لأنّا تيقنّا أنه لا نفقة لها بعد مضى مدة العدة؛ لأنه إن وقع الطلاق عليها، فقد انقضت عدّتها، وإن لم يقع الطلاق عليها، فهى ممنوعة عن الزوج.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بعد هذا إن زكيت الشهود فرّق بينهما، وسلّم لها ما أخذت من النفقة؛ لأنه تبيّن أنها معتدّة أخذت نفقة العدّة، فيكون أخذها بحق، فيسلّم لها. وإن لم يزك الشهود وجب عليها أن تردّ على الزوج ما أخذت من النفقة؛ لأنه تبيّن أنها منكوحة محبوسة عن الزوج، لا بفعل الزوج، فلم يكن[1] لها نفقة النكاح، فكان أخذها بغير حق، فيجب عليها الرد. استشهد فى الكتاب لإيضاح هذه المسألة فقال: ألا ترى أنّ القاضى لو فرّق بينهما بشهادة الشهود فمكث زمانًا، وقد كان للمرأة على الزوج فريضة نفقة معلومة لكل شهر، وكانت المرأة تأخذ ذلك حالة العدّة، ثم علم أنّ الشهود كانوا عبيدا، أو محدودين فى القذف فردّت شهادتهم، وردّت المرأة على زوجها يجب عليها ردّ ما أخذت فى هذه المدة؛ لأنه تبيّن أنها منكوحة فى هذه المدّة، ممنوعة عن الزوج لا لمعنى من جهة الزوج، كذا هنا.

[ومما يتصل بهذا الفصل:

٤٤٨٢- المعتدة إذا أنفق عليها إنسان ليتزوّجها، ثم لما انقضت العدّة أبت أن تزوّج بنفسها منه فهذا على وجهين: الأول: أن يشترط التزوج وقت الإنفاق بأن يقول لها: أنفق عليكِ ما دمتِ فى العدّة على أن تزوِّجى نفسكِ منّى إذا مضت عدّتك، وفى هذا الوجه للزوج أن يرجع عليها بما أنفق سواء زوّجت نفسها منه أو لم تزوّج؛ لأنه أنفق عليها بشرط فاسد. وذكر فى "الفتاوى" للفضلى فى هذا الوجه: أنّ الزوج إن كان أعطاها دراهم فله أن يرجع عليها إذا أبت أن تزوّج نفسها منه إلا أن يكون أعطاها على وجه الصلة.

الوجه الثانى: أن ينفق عليها بغير شرط التزوُّج، لكن علم عرفًا أنه ينفق بشرط أن تزوِّج المرأة نفسها منه، ثم لم تزوّج، وفى هذا الوجه اختلف المشايخ -رحمهم الله- بعضهم قالوا: يرجع؛ لأن المعروف كالمشروط، وبعضهم قالوا: لا يرجع، وهو الصحيح؛ لأنه أنفق على قصد التزويج عادة، لا على شرط التزوُّج][2].

---

(١) وفى "ب": فإن لم يكن.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت من "ب" و"ف" و"م".

الفصل الثالث فى نفقة ذوى الأرحام

هذا الفصل يشتمل على أنواع أيضًا: نوع منه: فيما يجب على الأب، والأم من إرضاع الصغير ونفقاته، والأصل فى ذلك قول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾(١) الآية.

ولأهل العلم فى معنى أول الآية إلى آخرها كلام، أما قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾(٢) فاختلفوا فيه، قال بعضهم: هذا مجرّد خبر أنّ الوالدات كذا يفعلن فى العام الغالب، وليس فيه إيجاب الإرضاع على الأمهات. وقال بعضهم: فيه إيجاب الإرضاع على الأمهات، وإن كان بصيغة الخبر، كقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾(٣).

٤٤٨٣- وعن هذا قلنا: إنّ حال قيام النكاح لا يجوز لها أن تأخذ الأجر بالإرضاع؛ لأنه يجب عليها الإرضاع دَينًا، وإن كانت لا تجبر على ذلك فى الحكم، وأخذ الأجرة بإزاء ما يجب عليها من الدَّين لا يجوز، ألا ترى أنه لا يجوز لها أخذ الأجر من الزوج لسبب أعمال داخل البيت! لهذا أنّ أعمال داخل البيت واجب عليها دَينًا، كذا هنا، وفى الجبر على الإرضاع كلام واختلاف يأتى بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وأما قوله تعالى: ﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾(٤)، ففيه اختلاف ظاهر، أنّ مدة الرضاع فى حق التحريم ماذا؟ قال أبو حنيفة: ثلاثون شهرًا، إن وجد الرضاع فى هذه المدّة تثبت الحرمة فطم على رأس الحولين أو لم يفطم، وإن وجد بعد هذه المدّة لا يثبت الحرمة فطم على رأس هذه المدّة، أو لم يفطم. وقال أبو يوسف ومحمد: حولان، وهو قول الشافعى، وقال زفر: ثلاث سنين، والحجج معروفة فى "المبسوط".

٤٤٨٤- ثم لمدّة الرضاع ثلاثة أوقات: أدنى، وأوسط، وأقصى، فالأولى حول ونصف، والأوسط حولان، والأقصى حولان ونصف، حتى لو نقص عن الحولين لا يكون

---

(١) سورة البقرة: ٢٣٣.

(٢) سورة البقرة: ٢٣٣.

(٣) سورة البقرة: ٢٢٨.

(٤) سورة البقرة: ٢٣٣.

شططا، ولو زاد على الحولين لا يكون تعدّيا، والوسط هو الحولان. فلو كان الولد يستغنى عنها دون الحولين، ففطمته فى حول ونصف يحل ولا تأثم بالإجماع، ولو لم يستغن عنها بحولين يحل لها أن ترضعه بعد ذلك عند عامّة العلماء إلا عند خلف بن أيوب.

٤٤٨٥- أما الكلام فى ثبوت الحرمة واستحقاق الأجر، فعند أبى حنيفة رحمه الله: يثبت حرمة الرضاع إلى ثلاثين شهرًا، وعندهما إلى حولين. وأما الكلام فى استحقاق الأجر، فقال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى: هو على هذا الخلاف، حتى إنّ من طلّق امرأته فأرضعت بعد الحولين فطلبت الأجر، فعند أبى حنيفة -رحمه الله تعالى- تستحق الأجر إلى تمام حولين ونصف، وعند أبى يوسف ومحمد -رحمهما الله تعالى- لا تستحق الأجر فيما وراء الحولين، وأكثر المشايخ على أنّ مدة الرضاع فى حق استحقاق الأجر على الأب مقدّرة بحولين عند الكل؛ حتى لا تستحق المطلّقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالإجماع، وتستحق فى حولين بالإجماع.

وأما قوله تعالى: ﴿لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[1] يعنى من أراد إتمام الرضاع يرضع حولين كاملين لا ينقص عن ذلك، ولكن إذا نقص عن ذلك وكان الولد يستغنى عن ذلك يجوز وقد مرّ هذا. وأما قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2]، فيستبين بعد هذا معناه -إن شاء الله تعالى-.

٤٤٨٦- قال أصحابنا: ولا تجبر الأم على إرضاع ولدها؛ لأن الإرضاع بمنزلة النفقة، ونفقة الأولاد تجب على الآباء لا على الأمهات، هكذا الإرضاع. فإن كان الصبى لا يأخذ لبن غيرها، أو لا توجد من ترضعه، هل تجبر الأم على الإرضاع؟ ذكر شمس الأئمة الحلوانى فى "شرح أدب القاضى" للخصّاف، فى باب نفقة الصبيّان: أنّ فى ظاهر الرواية عن أصحابنا لا تجبر، وروى عن أبى حنيفة -رحمه الله تعالى- وأبى يوسف فى "النوادر": أنها تجبر، وذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرح هذا الكتاب[3]: أنها تجبر مطلقًا، هكذا ذكر فى شرح القدورى؛ وهذا لأنها لو لم تجبَر والولد لا يأخذ لبن غيرها، أدى إلى تلف الولد، وهى ممنوعة عن إتلاف الولد. وجه ما ذكر شمس الأئمة الحلوانى: أنّ الولد يغذّى بالدهن وغيره من

---

(١) سورة البقرة: ٢٣٣.

(٢) الآية السابقة نفسها.

(٣) وفى "م": فى شرح أدب القاضى للخصاف تجبر من غير ذكر خلاف، وهكذا ذكر فى "شرح القدورى... إلخ.

المائعات، فلا يؤدى هذا إلى تلف الولد .

٤٤٨٧- قال الضحّاك : إذا لم يكن للصبى أو للأب مال، أجبرت الأم على الإرضاع . وهو الصحيح ؛ لأنها ذات يسار فى اللبن، فصار هذا قياس ما قال أصحابنا فى الأب : إذا غاب وليس له مال، وترك امرأة وصغيرًا، وللمرأة مال فالمرأة تجبر على الإنفاق على الصبى، ثم ترجع هى عليه، فكذا هنا .

٤٤٨٨- ثم إرضاع الصبى إذا كانت توجد من ترضعه، إنما يجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال، أما إذا كان له مال بأن ماتت أمه فورث مالا، أو استفاد بسبب آخر فيكون مؤونة الرضاع فى مال الصغير، وكذلك نفقة الصبى بعد الفطام إذا كان له مال فى ماله لا تجب على الأب .

٤٤٨٩- فرّق بين نفقة الولد وبين نفقة الزوجات، فإنّ المرأة وإن كانت موسرة، فنفقتها على الزوج، والفرق وهو : أنّ نفقة الزوجة إنما تجب بإزاء التمكن من الاستمتاع، فكان شبيه البدل، والبدل يجب وإن كان من يستحق غنيّا[1] . فأما نفقة الولد فلا تجب بإزاء التمكن من الانتفاع[2] . وإنما تجب لأجل الحاجة، فلاتجب بدون الحاجة كنفقة المحارم . فإن كان للصغير عقارًا أو [أودية][3]، أو أثاث، واحتيج إلى ذلك للنفقة، كان للأب أن يبيع ذلك كله، وينفق عليه؛ لأنه غنى بهذه الأشياء، ونفقة الصبى تكون فى ماله إذا كان غنيّا .

٤٤٩٠- وإن كان مال الصغير غائبًا يؤمر [الأب][4] بأن ينفق من ماله على أن يرجع فى مال الولد إذا حضر ماله، ولكن إن أشهد على ذلك فله أن يرجع فى الحكم . وإن أنفق بغير إشهاد، لكن على نيّة الرجوع ليس له أن يرجع فى الحكم ؛ لأن الظاهر أنّ الإنسان يقصد فيما ينفق على ولده التبرع، والقاضى لا يطلع إلا على الظاهر، أما الله تعالى فمطّلع على الضمائر والظواهر، فكان له أن يرجع إذا كان قصده عند الإنفاق الرجوع .

٤٤٩١- فأما إذا لم يكن للصبى مال فالنفقة على والده، لا يشاركه أحد فى ذلك ؛ لأنه إنما يستحق النفقة على الوالد لكونه منه، لانتسابه إليه، وغيره لا يشاركه فى هذا المعنى، فلا يشاركه فى استحقاق النفقة عليه .

---

(١) وفى "ب" و "ظ" : عينا .

(٢) وفى "ظ" : الاستمتاع .

(٣) هكذا فى "ظ"، وكان فى باقى النسخ التى اعتمدنا عليها : أردية .

(٤) هكذا فى "ب" و "م"، وفى "ظ" : يوم الأمر .

وروى عن أبى حنيفة -رحمه الله تعالى- أنّ النفقة على الأب والأم أثلاثًا على حسب ميراثهما، إلا أنّ فى ظاهر الرواية جعل الكل على الأب؛ لأن النفقة نظير الإرضاع، فكما لايشارك الأب فى مؤونة الرضاع أحد، فكذا فى النفقة.

٤٤٩٢- قال: فإن كان الأب معسرًا، والأم موسرة أُمرت أن تنفق من مالها على الولد، ويكون دَينًا على الأب ترجع عليه إذا أيسر؛ لأن نفقة الولد الصغير على الأب وإن كان معسرًا كنفقة نفسه، فكانت الأم قاضية حقا واجبا عليه بأمر القاضى، فترجع عليه إذا أيسر، كما إذا أدّت بأمره، ثم جعل الأمر بالتحمل أولى من سائر الأقارب، حتى لو كان الأب معسرًا، والأم موسرة وللصغير جدّ موسر، تؤمر الأم بالإنفاق من مال نفسها، ثم ترجع على الأب، ولايؤمر الجد بذلك؛ لأنه وقعت الحاجة إلى الاستدانة، وكانت الاستدانة من مالها -وهى أقرب للصغير أولى-.

٤٤٩٣- قال: رجل له ولد صغير وأمه فى نكاحه، فطلبت من زوجها أجرة الرضاع، لاتستحق ذلك وإن استأجرها الزوج على ذلك؛ لما ذكرنا من المعنى، ومعنى آخر أنّ نفقة النكاح واجبة على الزوج، ولو أوجبنا عليه أجرة الرضاع تجتمع عليه أجرة الرضاع مع نفقة النكاح فى حال واحد، وهذا لا يجوز.

٤٤٩٤- هذا إذا لم يكن للصغير مال، فإن كان له مال فهل يجوز أن يفرض[1] أجرة الرضاع فى ماله؟ ذكر الصدر الشهيد -رحمه الله تعالى- فى أول "شرح نفقات الخصّاف": أنه روى عن محمد -رحمه الله تعالى- أنه يفرض فى مال الصبى، وهكذا ذكر فى "إجارات القدورى". قال رحمه الله تعالى فى أول "شرح النفقات": وليس فيه اختلاف الروايتين، ولكن ما روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه يفرض فى مال الصغير، تأويله: إذا [استأجرها على إرضاع الصغير إذا لم يكن للأب مال، من مال الصغير، فكذلك جائز][2]. وما ذكر أنّ الزوج إذا استأجرها على إرضاع ولده لا يجوز، تأويله: إذا فرض أجرة الرضاع من مال نفسه فلايستحق ذلك؛ كيلا يؤدى إلى اجتماع أجرة الرضاع مع نفقة النكاح فى مال[3] واحد، وهذا المعنى لا يتحقق إذا فرض لها فى مال الصغير، فقلنا: إنها تستحق ذلك.

٤٤٩٥- قال: وإن كانت الأم معتدّة عن طلاق رجعى، لا تستحق أجرة الرضاع على

---

(١) وفى "ظ": يقرض.

(٢) هكذا فى "م"، وكان فى باقى النسخ التى اعتمدنا عليها: إذا لم يكن الأب مال، وما ذكر... إلخ.

(٣) وفى "ظ": فى حال واحد.

الزوج أيضًا؛ لأن بالطلاق الرجعى النكاح لم يزل، فصارت هذه الحالة حالة قيام النكاح. فأما إذا كانت الأم معتدّة عن طلاق بائن أو طلقات ثلاث، هل تستحق أجرة الرضاع؟ ففيه روايتان: وجه الرواية التى قال تستحق، أنها بالطلاق البائن والطلقات الثلاث التحقت بسائر الأجنبيات، ثم الأجنبيّات تستحق أجرة الرضاع، فكذا هذه المرأة. وجه الرواية الأخرى: أنّ العدة من أحكام النكاح، ولهذا تجب النفقة ما بقيت العدة، والدليل عليه أنّ الرجل إذا دفع زكاة ماله إلى معتدّة عن طلاق بائن أو ثلاث، أو شهد لمعتدّته عن طلاق بائن أو ثلاث لا يجوز، رواية واحدة. فعلم أنّ هذه الحالة معتبرة بحال قيام النكاح، فلا تستحق أجرة الرضاع كما فى حال قيام النكاح.

٤٤٩٦- أما بعد انقضاء العدّة فتستحق أجرة الرضاع باتفاق الروايات؛ لأن هذه الحالة ليست بحال قيام النكاح أصلا، فكانت فى هذه الحالة ملحقة بالأجنبيّات من كل وجه.

٤٤٩٧- فرع على هذه المسائل فى "كتاب الصلح" فقال: لو صالحت المرأة زوجها عن أجرة الرضاع على شىء، إن كان الصلح حال قيام النكاح، أو فى العدّة عن طلاق رجعى لا يجوز، وإن كان الصلح فى العدة عن طلاق بائن أو طلقات ثلاث، جاز على إحدى الروايتين؛ لأن الصلح على أن يعطيها شيئًا لترضع ولدها جاز؛ لأنه استئجار لها على إرضاع ولده منها، وذلك على هذه التفاصيل على ما ذكرنا ههنا.

٤٤٩٨- وإذا جاز الصلح بعد الطلاق البائن على إحدى الروايتين، كان الجواب فيه كالجواب فيهما إذا استأجرها على عمل آخر من الأعمال، ولو استأجرها على عمل آخر من الأعمال على دراهم، إن صالحها عن تلك الدراهم على شىء بعينه جاز، وإن صالح عن تلك الدراهم على شىء بغير عينه، لا يجوز إلا أن يدفع ذلك فى المجلس، حتى لا يكون هذا بيع دَين بدَين، كذا هنا.

٤٤٩٩- وفى كل موضع جاز الاستئجار ووجبت النفقة، لا تسقط بموت الزوج؛ لأنها أجرة وليست بنفقة، ثم إذا لم يجب أجرة الرضاع حال قيام النكاح من كل وجه، وفى العدة عن طلاق رجعى، وفى العدة عن طلاق بائن أو ثلاث على إحدى الروايتين، كان لها أن تمتنع من الرضاع، ولا تجبر على ذلك، ولكن بالشرائط التى ذكرناها قبل هذا.

٤٥٠٠- وإذا لم تجبر ولم يكن للصبى مال، كان على الأب أن يكترى امرأة ترضعه عند الأم، ولا ينزع على الأم؛ لأن الأمَة أجمعت على أنّ الحجر لها، لكن لاتجب على الظئر أن تمكث فى بيت الأم، إذا لم يشترط ذلك عليها عند العقد، وكان الولد يستغنى عن الظئر فى

تلك الحالة، بل لها أن ترضع وتعود إلى منزلها .

٤٥٠١- وإن لم يشترط عند العقد أن ترضع عند الأم، كان لها أن تحمل الصبى إلى منزلها، أو تقول : أخرجوه من البيت، وترضعه عند فناء الدار، ثم يُدخل الولد على الوالدة، إلا أن يكون شرط عند العقد أن تكون الظئر عند الأم، فحينئذٍ يلزمها الوفاء بذلك الشرط .

٤٥٠٢- فإن قالت الأم : أنا أرضع الولد بمثل تلك الأجرة، ففى كل موضع تستحق هى أجرة الرضاع، كما فى العدة عن طلاق بائن أو ثلاث على إحدى الروايتين، أو بعد انقضاء العدّة على الروايات كلها كانت هى أولى، بخلاف ما إذا كانت تطلب زيادة على ما ترضعه به غيرها، حيث لا تكون هى أولى .

والفرق وهو أنّ إرضاع الأم أنفع للصغير، فإذا كانت ترضعه بما ترضعه غيرها، فالأب فى انتزاع الولد منها متعنِّت محض، قاصد فى الإضرار بالولد، فكانت الأم أولى . أما إذا طلبت الزيادة على ما ترضعه غيرها، فلم يكن الأب فى انتزاع الولد منها متعنِّتا، فكان للزوج ذلك، وإلى هذا وقعت الإشارة فى الكتاب الكريم، قال الله تعالى : ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾[1]، جاء فى التفسير، أنّ التعاسر أن يجرى بينهما المكابرة فى الأجرة .

٤٥٠٣- قال : ولو أنّ رجلا له أولاد صغار بعضهم رضيع، وبعضهم فطيم، وأمهم زوجته، وليس للأولاد مال، فخاصمته أمهم فى نفقتهم، فالقاضى يفرض لهم النفقة على الأب ما داموا صغاراً؛ لأن نفقة الأولاد الصغار تكون على الأب بالإجماع، فإن شكت الأم تضييقه وتقتيره فى النفقة عليهم، ينبغى للقاضى أن يسمع شكايتها، ويدفع بعض نفقة الأولاد إليها؛ لأن الأب إذا كان يضيِّق عليهم ربما يموتون جوعًا، فيدفع بعض نفقة الأولاد إليها، ولأنها أرفق بالأولاد، فلا تضيِّق عليهم .

٤٥٠٤- فإن قال الأب : إنها تأخذ منِّى نفقة الأولاد، ولا تنفق ذلك على الأولاد وتجيِّعهم، فلا يقبل قوله عليها؛ لأنها أمينة، ودعوى الخيانة على الأمين لا تسمع من غير حجّة . فإن قال للقاضى : سل جيرانها، فالقاضى يسأل جيرانها احتياطًا . وإنما يسأل عن كل من يداخلها؛ لأنه إنما يعرف حالها من يداخلها، فإن أخبر جيرانها بمثل الذى ادّعى الأب زجرها القاضى ومنعها عن ذلك؛ لأنه قد نصب ناظراً للمسلمين، ونظر الصغار فى هذا .

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال : إذا وقعت المنازعة بين الزوجين فى هذا الباب،

---

(١) الطلاق : ٦ .

وظهر قدر النفقة فالقاضى بالخيار إن شاء دفعها إلى مقتر يدفعها إليها صباحًا ومساء، ولا يدفع إليها جملة، وإن شاء أمر غيرها أن ينفق على الأولاد.

٤٥٠٥- قال: وإن صالحت المرأة زوجها عن نفقة الأولاد الصغار صحّ، سواء كان الأب معسرًا أو موسرًا؛ لأن نفقة الصغار من الأولاد لا تسقط بعسرة الأب.

ثم اختلفت عبارة المشايخ رحمهم الله تعالى أنه بأى طريق جاز هذا الصلح، قال بعضهم: إنما جاز؛ لأن الأب هو العاقد من الجانبين [والأب يصلح أن يكون عاقدًا من الجانبين][1] [ألا ترى أنّ الأب يبيع مال نفسه من الصغير، ويشترى مال الصغير لنفسه، ويكون هو العاقد من الجانبين][2].

وقال بعضهم: إنما جاز؛ لأن العاقد من جانب الأب الأب، ومن جانب الصغار الأم، ونفقة الصغير من أسباب التربية والحضانة، فكانت للأم فى ذلك ولاية، وإنما جاز هذا الصلح لولاية الأب وولايتها. فبعد هذا ينظر إن كان ما وقع الصلح عليه أكثر من نفقتهم، فإن كانت الزيادة أكثر[3] مما يتغابن[4] الناس فيه، بأن كانت الزيادة تدخل تحت تقدير المقدّرين فى مقدار كفايتهم، فإنها تكون عفوا؛ لأنه لا يمكن التحرّز عنها، وإن كانت الزيادة بحيث لا تدخل تحت تقدير المقدّرين [فإنها تطوع عنه؛ لأن الواجب على الأب مقدار الكفاية، فما زاد على مقدار الكفاية لا سبب له، فيبطل وإن كان المصالح عليه أقل من نفقتهم][5]، فإن كان لايكفيهم يبلغ إلى مقدار كفايتهم؛ لأن الواجب على الأب مقدار ما يكفيهم.

٤٥٠٦- فرّق بين نفقة الأولاد وبين نفقة الأقارب، فإنّ المعسر إذا صالح قريبه عن النفقة، لا يجوز الصلح؛ لأن نفقة الأقارب لا تجب [إلا][6] على المعسر، على ما يأتى بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، فهذا الصلح إنما وقع عما ليس بحق القريب فلا يصح، أما نفقة الأولاد فواجبة على الأب، وإن كان الأب معسرًا، فالصلح إنما وقع عما هو حق الأولاد فيصح.

---

(١) ما بين المعقوفين، أثبت من "م".

(٢) ما بين المعقوفين، أثبت من "ب" و"ظ" و"م".

(٣) ولفظ "أكثر" غير موجود فى النسخ البواقى التى عندنا.

(٤) وفى "ب": مما لا يتغابن الناس فيه.

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٦) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

٤٥٠٧- قال : رجل له أولاد صغار لا مال له، ولا مال للصغار أيضًا، هل يفرض النفقة على الأب؟ فإن كان الأب قادرًا على الكسب يفرض عليه، فيكتسب وينفق عليهم؛ لأن نفقة الأولاد الصغار لا تسقط بالعسرة، قال الله تعالى: ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾[1]، ثم قال الله تعالى: ﴿مِنْ وُجْدِكُمْ﴾[2]، والوجد هو الطاقة، علم أنّ هذه النفقة لا تسقط بالإعسار، ولكن يفرض عليه مقدار طاقته؛ لما تلونا من النص. فإن أبى أن يكتسب وينفق عليهم، يجبر على ذلك ويحبس بخلاف سائر الديون، فإنّ الوالدين وإن علوا لا يحبسون بديون الأولاد، وفى هذا الدّين قال يحبس.

والفرق وهو أنّ فى الامتناع عن الإنفاق هنا إتلاف النفس، والأب يستوجب العقوبة عند قصده إتلاف الولد، كما لو عدى على ابنه بالسيف، كان للابن أن يقتله بخلاف سائر الديون. وإن كان الأب عاجزًا عن الكسب لما به من الزمانة، أو كان مقعدًا يتكفّف الناس وينفق عليهم، هكذا ذكر فى "نفقات الخصّاف". ومن المتأخرين رحمهم الله تعالى من قال: تكون نفقة الأولاد فى هذه الصورة فى بيت المال؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة تكون نفقته فى بيت المال، فكذا نفقة أولاده.

وذكر الخصّاف رحمه الله تعالى فى "أدب القاضى": أنّ فى هذه الصورة يفرض القاضى النفقة على الأب، ويأمر المرأة بالاستدانة على الزوج، سواء التمست المرأة ذلك من القاضى، أو لم تلتمس، فإذا أيسر وقدر عليه طالبته المرأة بما استدانت، وكذلك لو كان الأب واجدا للنفقة، لكنه امتنع عن النفقة على الصغير، ففرض القاضى على الأب نفقة الأولاد، فامتنع الأب عن الأداء، فالقاضى يأمرها أن تستدين عليه، وتنفق على الصغير؛ لترجع بذلك على الأب إذا أيسر الأب.

٤٥٠٨- قال: وكذلك إن فرض القاضى النفقة على الأب، فغاب الأب وتركهم بلا نفقة، واستدانت بأمر القاضى وأنفقت عليهم، فإنها ترجع على الأب بذلك؛ لأن الإنفاق على الصغير بأمر القاضى كالإنفاق عليه بأمر الأب، وكذلك هذا الحكم فى مؤونة الرضاع إذا كان الأب معسرًا، فالقاضى يأمر المرأة بالاستدانة، فإذا أيسر رجعت عليه بالقدر الذى أمرها القاضى بالاستدانة لما قلنا.

٤٥٠٩- فإن لم تكن المرأة استدانت بعد الفرض، لكنهم كانوا يأكلون من مسألة

---

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) الطلاق: ٦.

الناس، لم ترجع على الأب بشيء؛ لأنهم إذا سألوا، وأعطوا صار ذلك ملكًا لهم، فوقع الاستغناء عن نفقة الأب، واستحقاق هذه النفقة باعتبار الحاجة، فإذا وقع الاستغناء لهم ارتفعت الحاجة، فسقطت النفقة عن الأب. فإن كانوا أعطوا مقدار نصف الكفاية، سقط نصف النفقة عن الأب، ويصحّ الاستدانة فى النصف بعد ذلك، وعلى هذا القياس -فافهم- وليس هذا فى حق الأولاد خاصة، بل فى النفقة [عن][1] جميع المحارم إذا أكلوا من مسألة الناس، لا يكون لهم حق الرجوع على الذى فرضت نفقتهم عليه. وفقه المسألة: أنّ نفقة الأقارب لا تصير دَينًا بقضاء القاضى، بل تسقط بمضى المدّة بخلاف نفقة الزوجات، والفرق قد مرّ قبل هذا.

٤٥١٠- وقد ذكرنا فى أبواب زكاة الجامع: أنّ نفقة المحارم إنما تصير دَينًا بقضاء القاضى، فاختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، وموضوع ما ذكر فى الجامع: إذا استدان المقضى له بالنفقة وأنفق من ذلك، فتكون الحاجة قائمة مقام الدّين، وموضوع ما ذكر فى سائر المواضع: إذا أنفق من مال صدقة تصدّق بها عليه، فقد انتفى[2] الحاجة بعد مضى المدة، إلى هذا مال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرح "كتاب النكاح".

وقال بعضهم: ما ذكر فى سائر المواضع محمول على ما إذا طالت المدّة [وما ذكر فى الجامع محمول على ما إذا قصرت المدّة[3]، ونفقة الأقارب إنما لا يصير دينًا بقضاء القاضى إذا طالت المدة][4]، أما إذا قصرت فتصير دَينًا، وكيف لا تصير دَينًا فإنّ القاضى مأمور بالقضاء بالنفقة! ولو لم تصر دَينًا أصلا لم يكن للأمر بالقضاء بالنفقة معنى وفائدة، ولكن لا بدّ من حدّ فاصل بين القصير والمديد، فقدّروا القصير بما دون الشهر.

٤٥١١- وذكر فى "الحاوى فى الفتاوى" هذه المسألة، وفرّق بين نفقة الصبى، وبين نفقة سائر المحارم فقال: نفقة الصبى تصير دَينًا على الأب بقضاء القاضى، ونفقة سائر المحارم[5] لاتصير دَينًا بقضاء القاضى، قال: فإن كان القاضى بعد ما فرض نفقة الأولاد،

---

(١) هكذا فى "م".

(٢) وفى "ب" و"ف": فلا تبقى الحاجة.

(٣) وفى "م": ما إذا قصرت المدة، ونفقة مدة الأب، إنما لا يصير دينًا. . . إلخ.

(٤) أثبت من "ب" و"ظ".

(٥) وفى "ظ" و"م" و"ف": الأقارب.

أمرها بالاستدانة [فاستدانت][١]، حتى ثبت لها حق الرجوع على الأب، ومات الأب قبل أن يؤدى إليها هذه النفقة، هل لها أن تأخذ من ماله إن ترك مالا؟ ذكر الخصّاف فى نفقاته أنه ليس لها ذلك، وذكر فى "الأصل": أنّ لها ذلك، وهو الصحيح؛ لأن استدانة المرأة بأمر القاضى، وللقاضى ولاية كاملة بمنزلة استدانة الزوج بنفسه، ولو استدان الزوج بنفسه ثم مات، لا يسقط عنه الدين، كذا هنا.

٤٥١٢- هذا إذا استدانت بأمر القاضى، فأما إذا فرض القاضى نفقة الأولاد، ولكن لم يأمرها بالاستدانة، فاستدانت ثم مات الزوج قبل أن يؤدى ذلك إليها، فليس لها أن تأخذ من ماله إن ترك مالا بالإنفاق، وقد مرّ جنس هذه الفصول فى باب نفقة الزوجات[٢].

٤٥١٣- ثم قدّر محمد رحمه الله تعالى نفقة الصغير وكسوته على المعسر بالدراهم، وليس هذا بتقدير لازم، إنما المعتبر ما يحصل به الكفاية، لكن إن كان موسرًا يؤمر بأن يوسع على الأولاد فى النفقة والكسوة، على حسب ما يرى [الحاكم][٣]، وقد مرّ نظائره فى نفقة الزوجات أيضًا.

٤٥١٤- قال: وأما المذكور من الأولاد إذا بلغوا حدّ الكسب، ولم يبلغوا فى أنفسهم، فأراد الأب أن يسلّمهم فى عمل؛ ليكتسبوا وينفق عليهم من ذلك، فله ذلك، وكذلك لو أراد الأب أن يؤاجره فى عمل أو خدمة، فذلك له؛ لأن فيه منفعة للصغير، لأنه يتعلم الكسب إما قبل أن يتعلم أو بعد ما تعلم، ولكنه لايحسن العمل، فنفقته على الأب؛ لأنه إذا كان لا يحسن العمل، لايستعمل فى الأعمال غالبا أو ظاهرا، فكأنه لم يتعلم أصلا. وأما إذا كان الولد من الإناث، فليس للأب أن يؤاجرها فى عمل أو خدمة؛ لأن المستأجر يخلو بها وذلك منهى فى الشرع.

٤٥١٥- ثم فى الذكور إذا سلّمهم فى عمل، فاكتسبوا أموالا فالأب يأخذ كسبهم، وينفق عليهم من كسبهم؛ لأن ذلك ملكهم، ونفقة الولد فى ماله إن كان له مال، وما فضل من نفقتهم يحفظ ذلك عليهم إلى وقت بلوغهم كسائر أملاكهم. وإن كان الأب مبذّرا لا يؤمن على ذلك، فالقاضى يخرج ذلك من يده، ويجعل فى يد أمين ليحفظ لهم، فإذا بلغوا سلّم إليهم. وهذا لايختص بهذا المال، بل هذا هو الحكم فى جميع أموال الصبيّان.

---

(١) أثبت من النسخ التى عندنا.

(٢) وفى "م" و "ب" و "ف": فى فصل نفقات الزوجات.

(٣) هكذا فى "ب" و "ف"، وكان فى الأصل و "ظ": الحكم.

٤٥١٦- قال : وإن جاءت الأمَة المشتركة بولد فادّعاه المولیان فنفقة الولد عليهما ، وعلى [هذا][١] الولد إذا كبر نفقة كل واحد منهما . وهذا يشكل على أصل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ، فإنهما يقولان : الأب أحدهما ، حتى قالا : لاينفرد أحدهما بالتصرّف ، مع هذا يستحق كل واحد منهما نفقة أب كامل ، وإنما كان كذلك لأنا لو أوجبنا نفقة أب واحد ، إما أن يصرف إليهما ولا وجه إليه ، إذ لا يصل [إلى][٢] الأب كفايته ، وإما أن يصرف إلى أحدهما ولا وجه إليه ، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر ، فلم يبق هنا وجه سوى ما قلنا ، ولهذا قلنا : لاينفرد أحدهما بالتصرّف ، حتى لا يكون المتصرِّف غير الأب مسىء[٣] .

ومما يتصل بهذا النوع:

٤٥١٧- الكبار الذين ألحقوا بالصغار ، قال : الرجل البالغ إذا كان زمنًا ، أو مقعدًا ، أو أشلّ اليدين لا ينتفع بهما ، أو معتوهًا ، أو مفلوجًا ، فإن كان له مال تجب النفقة فى ماله ، وإن لم يكن له مال وكان له أب موسر ، أو أم موسرة ، تجب النفقة على الأب ؛ لأن الله تعالى أوجب النفقة على الوالد مطلقًا ، قال الله تعالى : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُوْدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوْفِ﴾[٤] ، إلا أنه خصّ هذا النص من كان له مال ، أو كان قادرًا على الكسب ، فيبقى ما عداه على ظاهر النص ، فإذا طلب من القاضى أن يفرض له النفقة على الأب ، أجابه القاضى إلى ذلك ، ويدفع ما فرض لهم إليهم ؛ لأن ذلك حقهم ، وله ولاية استيفاء حقوقهم .

٤٥١٨- وكذلك الإناث من الأولاد نفقتهن بعد البلوغ على الآباء ، ما لم يزوّجن إذا لم يكن لهنّ مال ؛ لأنّ بهنّ عجزا ظاهرا عن الاكتساب ، فكنّ بمنزلة الزمَنٰى من الذكور . ثم ما ذكر أنّ نفقة البالغين من الذكور الزمنى ومن الإناث على الأب ، فذلك جواب "المبسوط" ، أما على ما ذكر الخصّاف رحمه الله تعالى فى نفقاته ، فيجب على الأب والأم أثلاثًا ، ثلثاها على الأب ، وثلثها على الأم .

٤٥١٩- وجه ما ذكر فى "المبسوط" أنّ البالغ إذا لم يكن من أهل أن ينفق على نفسه ، صار هو والصغير سواء . وجه ما ذكر الخصّاف ، وهو الفرق بين البالغ الزمِن والصغير ، وهو

(١) هكذا فى "م" .

(٢) هكذا فى "م" و"ف" ، وكان فى الأصل و"ظ" : على .

(٣) وفى "ظ" و"ب" : عسى .

(٤) البقرة: ٢٣٣ .

أنّ للأب على الصغير ولاية [كاملة][1] على نفسه، وكان الصغير بمنزلة نفسه، وغير الأب لا يشارك الأب النفقة على نفسه، فكذا فى النفقة على الصغير. فأما البالغ فليس للأب عليه ولاية، ليصير فى معنى نفسه، فاعتبر بسائر المحارم، فتكون نفقته باعتبار ميراثه، وميراثه يكون بينهما أثلاثًا، فكذا النفقة.

٤٥٢٠- ثم ذكر فى الكتاب ما إذا كان الابن البالغ عاجزًا عن الكسب، وله أب موسر وأم موسرة، وأوجب جميع النفقة على الأب على رواية المبسوط، ولم يذكر ما إذا كان الأب معسرًا، إلا أنه قادر على الكسب، أو الابن الكبير عاجز عن الكسب وله أم موسرة، هل تؤمر الأم بالإنفاق على أن ترجع بذلك على الأب؟ فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال على قياس ما ذكر فى الكتاب: تؤمر الأم بذلك حتى ترجع على الأب، فإنه قال فى الكتاب: الولد الكبير إذا كان عاجزًا عن الكسب، فهو بمنزلة الصغير، والصغير إذا كان له أب معسر قادر على الكسب، وله أم موسرة، تؤمر الأم بالإنفاق على أن ترجع على الأب إذا أيسر، فكذا هنا.

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: لا ترجع الأم على الأب هنا بما أنفقت. وفرّق هذا القائل بين الصغير والكبير الذى لا يقدر على الكسب. وهكذا روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى. ووجه الفرق وهو أنّ نفقة الولد الصغير على الأب [وإن كان معسرًا، إلا أنه لا يمكن جبر الأب على الكسب، فتؤمر الأم بالتحمّل عنه، وكانت الأم قاضية دَينًا واجبا على الأب، فيرجع بذلك على الأب][2]. فأما نفقة الابن الكبير، فليست على الأب إذا كان معسرًا، فلم تصر الأم مؤدية حقا واجبا على الأب، فلا ترجع بذلك على الأب، فلهذا افترقا.

قال: والصحيح الذى له قوة العمل، إلا أنه لا يحسن العمل، فنفقته على الأب؛ لأنه إذا كان لا يحسن العمل، فالناس لا يأمرونه بالعمل، فصار هو كالعاجز عن الكسب. قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى: الرجل الصحيح لا يقدر على الكسب؛ لحرفة أو لكونه من أهل البيوتات [فيكون عاجزًا عن الكسب][3]، فإذا كان هكذا كان نفقته على الأب. وهكذا قالوا فى طالب العلم إذا كان لا يهتدى إلى الكسب، لا تسقط نفقته عن الأب بمنزلة الزمن والأنثى.

٤٥٢١- هذا الذى ذكرنا كله إذا كان الأب حاضرًا، وإن كان الأب غائبًا أو مفقودًا،

(١) هكذا فى "ب" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل و"ظ": كماله.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

فقد قال فى الكتاب : لا يقضى بالنفقة فى مال أحد، إذا كان ربّ المال غائبًا إلا للوالدين، والولد، والزوجة، إذا كان المتروك من جنس حقهم. وهذا يبتنى على أصل معروف : أنّ القضاء على الغائب باطل، وإيفاء حق وجب على الغائب من ماله جائز. والقضاء بنفقة الوالدين والمولودين والزوجة إيفاء لما وجب على الغائب، وليس بقضاء على الغائب؛ لأن القضاء إيجاب ما لم يكن واجبًا قبل القضاء، ونفقة الوالدين والمولودين والزوجة واجبة قبل القضاء، حتى إذا ظفر واحد من هذه الطائفة بجنس حقهم، كان لهم الأخذ من غير رضا ولا قضاء.

٤٥٢٢- وأما نفقة سائر الأقارب، فلا تجب إلا بالقضاء أو بالرضا، حتى لو ظفر واحد من الأقارب بجنس حقهم، لم يكن لهم الأخذ إلا بقضاء أو رضا. ولما كانت نفقة الوالدين والمولودين والزوجة واجبة قبل القضاء، كان القضاء [من القاضى إبقاء لما وجب عليه، لا إيجابًا مبتدأ فجاز. أما نفقة سائر الأقارب لما لم تكن واجبة قبل القضاء، كان القضاء][1] إيجابًا مبتدأ، والقضاء على الغائب باطل.

٤٥٢٣- قال فى "كتاب المفقود": القاضى متى أعطى النفقة هؤلاء من مال الغائب، إن استوثق بكفيل من الأخذ فحسن؛ لجواز أنّ هؤلاء أخذوا النفقة من الغائب حال حضرته، أو بعث الغائب بالنفقة إليهم، فينظر القاضى للغائب حال عجز الغائب عن النظر لنفسه بنفسه. وإن لم يأخذ منه كفيلا فهو مستقيم أيضًا، إذ ليس هناك خصم يطلب من القاضى أخذ الكفيل، وإنما يجب على القاضى أخذ الكفيل عند طلب الخصم ذلك.

٤٥٢٤- وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرح "كتاب النكاح": أنّ زوجة الغائب إذا طلبت النفقة من القاضى، وللغائب مال حاضر، والقاضى يعلم بذلك كله، فرض لها القاضى النفقة بعد أن يحلفها أنه لم يعطِها النفقة بعد، فإذا حلفت أعطاها النفقة، وأخذ منها كفيلا وهو الصحيح، وقد ذكرنا وجه ذلك فى باب نفقة الزوجات.

٤٥٢٥- فرع على هذا فقال : إن كان للغائب عند الوالدين، أو الولد، أو الزوجة مال وهو من جنس حقوقهم، وأنفقوا على أنفسهم جاز ولم يضمنوا؛ لأنهم ظفروا بجنس حقوقهم، فكانت لهم ولاية الأخذ بمقدار حقهم. فإن كان عند غيرهم، وأعطاهم بأمر القاضى حتى أنفقوا على أنفسهم، لم يضمن صاحب اليد. وإن كان أعطاهم بغير أمر القاضى، كان ضامنا له؛ لأن صاحب اليد مأمور بالحفظ، ودفعه إلى غيره لينفق على نفسه،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ليس من الحفظ فى شيء، فيصير به مخالفا ضامنا، وهو نظير المودع إذا قضى دين المودع بالوديعة، كان ضامنًا كذا هنا. وكان الحاكم الإمام أبو إسحاق السمرقندى رحمه الله تعالى يقول فى المودع: إذا قضى دَين المودع بالوديعة أنه لا يضمن، والصحيح أنه يضمن، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى فى "كتاب الوديعة".

٤٥٢٦- هذا إذا كان ما تركه الغائب من جنس حقهم، فأما إذا كان من خلاف جنس حقهم، فأرادوا أن يبيعوا شيئًا من مال الغائب بنفقتهم، أجمعوا على أن سوى الولد المحتاج لا يملك بيع عقار الغائب، ولا بيع عروضه بالنفقة، وأما الأب المحتاج فيملك بيع المنقول بالنفقة استحسانًا، ولا يملك بيع العقار إلا إذا كان الولد الغائب صغيرًا. وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى "كتاب المفقود"، وكذلك قياس قوله فى المفقود[١]، والقياس: أن لا يملك الأب البيع على ابنه الكبير الغائب فى العقار ونحوه، كما لا يملك غير الأب. وأجمعوا أنّ حال حضرة من تجب عليه النفقة ليس لأحد ممن يستحق النفقة بيع العروض والعقار، وجه القياس فى ذلك: وهو أنّ ولاية الأب تنقطع ببلوغ الصبى رشدًا، إلا فيما يبيعه تحصينًا لولده الغائب، فإنّ الابن إذا بلغ وهو غائب، فللأب ووصى الأب بيع عروضه؛ تحصينًا على الغائب، وهنا هو لا يبيع تحصينًا على الغائب وإنما يبيع لنفسه، وليست له هذه الولاية.

وجه الاستحسان: وهو أنّ ولاية الأب وإن زالت بالبلوغ ولكن بقى أثرها، ولهذا صحّ منه الاستيلاد فى جارية الابن، فلبقاء أثر الولاية أثبتنا له ولاية بيع العروض؛ لأن بيع العروض من الحفظ، لأنه يخشى عليه التلف، وحفظ الثمن أيسر، وولاية الحفظ تثبت لمن لا تثبت له ولاية التصرّف، كما قلنا فى الوصى فى حق الوارث الكبير الغائب، فكذلك الأب، وبعد البيع الثمن من جنس حقه، فله أن يأخذ منه مقدار النفقة، فأما العقار فمحصنة بنفسها، فلم يكن بيعها بحق الحفظ، كما لو كان بحق الولاية، وقد زالت الولاية بالبلوغ [عن عقل][٢]، بخلاف الأم وسائر الأقارب؛ لأنه لم يكن لهم ولاية التصرّف حالة الصغر، ليبقى أثر ذلك الولاية بعد البلوغ، فلم يجز بيعهم، أما هنا بخلافه.

٤٥٢٧- فأما إذا أراد كان القاضى أن يتولى البيع فى هذه الصورة بنفسه، ليس له ذلك عند الكل لا فى العروض [ولا فى العقار][٣]، ولا فى النفقة، ولا فى سائر الديون، وقد ذكرنا

(١) وفى "م": المنقول.

(٢) هكذا فى "م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

هذا فى فصل نفقة الزوجات .

٤٥٢٨- هذا الذى ذكرنا [إذا كان الحال معلوما للقاضى ، فأما إذا لم يكن ، فالقاضى ماذا يصنع؟ فوجوه ذلك قد مرّت فى فصل نفقة الزوجات أيضًا ، هذا الذى ذكرنا][١] حال حياة الأب . فإن كان الأب قد مات ، وترك أولادًا صغارًا ، وترك أموالا ، كانت نفقة الأولاد من أنصباءهم ؛ لأنهم أغنياء . وكذلك كل من يكون وارثًا ، فنفقته فى نصيبه ، وكذلك امرأة الميت تكون نفقتها فى حصّتها من الميراث حاملا كانت أو حائلا .

٤٥٢٩- بعد هذا ينظر إن كان الميّت قد أوصى إلى رجل ، فالوصى ينفق على الصغار من أنصباءهم ، وإن كان الميّت لم يوص إلى أحد ، فالقاضى يفرض لكل واحد من الصغار فى نصيبه بقدر ما يحتاج إليه من النفقة على قدر سعة أموالهم وضيقها ، ويشترى للصغير خادمًا إن كان يحتاج إلى الخادم ؛ لأنه من جملة مصالحه ، والقاضى نصب لإقامة مصالح كل من عجز عن الإقامة بنفسه . وكذلك كل ما كان من المصالح ، فالقاضى يشترى ذلك للصغير من نصيبه ، ولم يذكر فى هذه المسألة أنّ القاضى ينصب له وصيّا ، إذا لم يكن الميت أوصى إلى أحد ، وذَكره فى المسألة التى تلى هذه المسألة ، وذِكره فى تلك المسألة يكون ذكرًا فى هذه المسألة .

٤٥٣٠- قال : وإن كان الميت لم يوص إلى أحد ، وله أولاد كبار وصغار ، فنفقة كل واحد منهم تكون فى نصيبه لما ذكرنا ، وينصب القاضى وصيًا فى مال الأب ؛ [لأن][٢] للقاضى أن ينصب وصيّا فى مال الميت فى ثلاثة مواضع : أحدها : أن يكون على الميت دَين ، والثانى أن يكون [الميت][٣] أوصى بوصايا ، والثالث أن يكون فى الورثة صغار ، وهنا فى الورثة صغار وكبار ، فكان للقاضى أن ينصب وصيّا .

٤٥٣١- فإن لم يكن فى البلد قاضٍ ، فأنفق الكبار على الصغار من أنصباء الصغار ، كانوا متطوعين فى هذه النفقة ؛ لأنه لا ولاية لهم على الصغار فى مالهم . وهذا فى الحكم ، أما فيما بينهم وبين الله تعالى لا ضمان عليهم ؛ لأنهم أحسنوا فيما فعلوا . ونظير هذا ما ذكر فى "كتاب الوديعة" أنّ المودع إذا باع العين من غير استطلاع رأى القاضى ، وفى المصر قاض ضمن وإن كان خيرًا .

(١) أثبت من جميع النسخ الموفرة لنا .

(٢) هكذا فى "ب" و "م" .

(٣) هكذا فى النسخ التى اعتمدنا عليها ، وكان فى الأصل : الوصى .

٤٥٣٢- وذكر في "النوادر" : إذا لم يكن في موضع يمكنه استطلاع رأي القاضي لايضمن استحسانًا . وكذا قال مشايخنا رحمهم الله تعالى في الرجلين كانا في سفر ، فأغمي على أحدهما ، فأنفق الآخر على المغمي عليه من مال المغمي عليه لم يضمن استحسانًا . وكذلك إذا مات فجهّزه صاحبه من ماله لم يضمن استحسانًا ، وكذا العبيد المأذونون في التجارة ، إذا كانوا في البلاد فمات مواليهم ، فأنفقوا في الطريق لم يضمنوا استحسانًا ، وكذا روى عن مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى أنهم قالوا : إذا كان للمسجد أوقاف ، ولم يكن لها متولٍّ ، فقام واحد من أهل المحلة في جميع غلة الأوقاف ، وأنفق على المسجد فيما يحتاج إليه من الحشيش والحصير ، لا يضمن استحسانًا فيما بينه وبين الله تعالى .

٤٥٣٣- وحكى عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى : أنه مات واحد من تلامذته ، فباع محمد كتبه وأنفق في تجهيزه ، فقيل له : إنه لم يوص بذلك إلى أحد ، فتلا محمد رحمه الله تعالى قوله تعالى : ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾[1] ، فما كان على قياس هذا الأصل لا ضمان عليه فيما بينه وبين الله تعالى استحسانًا ، أما في الحكم ضامن لما قلنا .

٤٥٣٤- قال : ولو أنّ الكبار أنفقوا على الصغار ، ثم لم يقرّوا بذلك ، وأقرّوا ببقيّة نصيبهم، وسعهم ذلك . ولو حلفوا على ذلك قال محمد رحمه الله تعالى في الكتاب : رجوت أن لا يكون عليهم شيء . ونظير هذا إذا عرف الوصي الدّين على الميت ، فقضى ولم يقر بذلك، ولم يعرفه القاضي ولا الورثة ، لا يأثم فيما إذا فعل .

٤٥٣٥- وكذلك إذا كان لرجل عند رجل وديعة ، وعلى المودع مثل تلك الوديعة دَين ، والمودع يعلم أنه مات ولم يقض دَينه ، يسع للمودع أن يقضي ذلك الدَّين بماله ولا يقرّ به . وكذا إذا كان على زيد لعمرو دَين ، وعلى عمرو مثل ذلك الدّين لرجل آخر ، فمات عمرو وزيد يعرف أنّ عمرًوا لم يقض دَينه ، يسع لزيد أن يقضي دَين عمرو بما لعمرو على زيد ، ولا يخبر ورثته بذلك .

٤٥٣٦- وكذا إذا مات الرجل ولم يوص إلى أحد ، وله أولاد صغار ، وله مال وديعة عند رجل ليس للمودع في الحكم أن ينفق عليهم ، ويحتسب بذلك من مال الميت ، لكن إذا فعل ، وحلف أنه ليس لهم عليه حق ، رجوت أن لا يكون عليه شيء -إن شاء الله تعالى- لأنه لم يرد به إلا الصلاح[2] ، وإنه موافق لما روينا عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى .

---

(١) البقرة : ٢٢٠ .

(٢) وفي "ب" و "ف" : الإصلاح .

نوع آخر فيما لا يجب على الآباء من نفقة الأولاد:

٤٥٣٧- قال: وإذا تزوّج العبد، أو المدبر، أو المكاتب امرأة بإذن المولى، فولدت امرأته أولادًا، لا تجب على الأب نفقة الأولاد، سواء كانت أمهم حرة، أو أَمَة، أو مدَبَّرة، أو مكاتبة، أو أم ولد؛ لأن ما يستحق الولد من النفقة صلة محضة، وما كان صلة محضة لا يستحق[١] على هؤلاء. وهذا بخلاف نفقة المرأة؛ لأنها صلة من وجه عوض من وجه، وما كان صلة[٢] من وجه عوضًا من وجه جاز أن يستحق على هؤلاء من حيث إنه عوض.

٤٥٣٨- فرع على هذا فى الكتاب فقال: إذا لم تجب على الأب نفقة الأولاد على من يجب؟ ففيما إذا كانت الأم[٣] مكاتبة فنفقة الأولاد عليها؛ لأن الولد تابع للأم فى كتابتها، فكان كالمملوك لها، ألا ترى أنّ كسبه لها، وأرش الجناية عليها[٤]، وميراثه إن مات لها، وإذا كان كالمملوك لها، كان نفقته عليها كسائر عبيدها. وفيما إذا كانت المرأة مدبّرة، أو أم ولد، فأولادهما بمنزلتهما، فتكون نفقتهم على مولاهم، وهو مولى أم الولد والمدبّرة. وفيما إذا كانت أَمَة رجل آخر، فنفقة الأولاد على مولى الأَمَة؛ لأن أولادها أرِقَّاء لمولى الأَمَة، فتكون نفقتهم على مولى الأَمَة. وفيما إذا كانت الأَمَة حرّة، فنفقة الأولاد على الأم إن كان للأم مال، وإن لم يكن لها مال فنفقة الأولاد على من يرث الأولاد، الأقرب فالأقرب. وكذلك الحر إذا تزوّج أَمَة، أو مكاتبة، أو أم ولد، أو مدبّرة، فالجواب فيه كالجواب فى العبد، والمدبّر، والمكاتب على ما ذكرنا.

٤٥٣٩- فرع على مسألة الحر فقال: لو كان مولى الأَمَة وأم الولد والمدبّرة فقيرًا، وأبو الأولاد غنى يؤمر الأب بالإنفاق، وإن كان الولد من الأَمَة لا يؤمر الأب بذلك؛ لأن ابنه مملوك مولى الجارية، فإما أن يبيعه مولاه أو ينفق عليه، على ما يأتى بعد هذا فى موضعه -إن شاء الله تعالى-.

٤٥٤٠- وإن كان الولد من أم ولد أو مدبّرة، فإنّ هنا يؤمر الأب بالإنفاق عليهم؛ لأن هنا لايمكن أن يجبر المولى على بيعهم، فتعيّن طريق إيصال النفقة إليهم أمر الأب بذلك. قال:

---

(١) وفى "م": وما كان صلة لا يستحق الولد من النفقة صلة، وما على هؤلاء... إلخ.

(٢) وفى "م": صلة محضة.

(٣) وفى "ب" و"ف" و"م": إذا كانت المرأة.

(٤) وفى "ب" و"ف" و"م": وأرش الجناية عليه لها.

رجل كاتب عبده وأمته، فزوّجها منه فولدت ولدا، فنفقة الولد على الأم دون الأب؛ لما ذكرنا أنّ ولدها كالمملوك لها. وهذا بخلاف ما لو وطئ المكاتب أمَة نفسه، فولدت له ولدا، فإنّ نفقة ذلك الولد على المكاتب؛ لأنه داخل فى كتابته، حتى كان كسبه له، وأرش الجناية عليه له أيضًا ليس للأم، فكان الولد كالمملوك للمكاتب، فتكون نفقته على المكاتب.

قال: وإذا تزوّج المكاتب أمَة رجل فولدت منه ولدا، ولم تلد حتى اشتراها المكاتب فولدت ولدا، فنفقة الأولاد على المكاتب؛ لأن الأمَة صارت كسبًا للمكاتب، وأولاده من كسبه، فيتكاتبون عليه، فصاروا بمنزلة أرقّاء.

نوع آخر مما يجب من نفقة الوالدين:

٤٥٤١- قال: ويجبر الرجل الموسر على نفقة أبيه وأمه إذا كانا محتاجين؛ لقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا﴾[١]، فقد أوجب على الولد الإحسان بوالديه، ورأس الإحسان بوالديه فى إحيائهما، وكذلك بالإنفاق عليهما، وقال عليه الصلاة والسلام: «إنّ أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وإن ولده لَمِن كسبِه فكلوا من اكتساب أولادكم إذا احتجتم إليه بالمعروف»[٢]، ولأن للأب فى مال الابن حق الملك، قال عليه الصلاة والسلام: «أنتَ ومالكَ لأبيكَ»[٣]، ولو كانت فيه حقيقة الملك كانت نفقته فى ماله، فكذا إذا كان له فيه حق الملك، إلا أنه إنما يجب عليه إنفاقهما إذا كان موسرًا؛ لأن نفقة الأقارب صلة محضة، والصلات المالية ما شرعت إلا على أهل الثروة واليسار، واعتبر بصدقة الفطر والأضاحى. هكذا ذكر الشيخ الإمام الزاهد المعروف بـ"خواهر زاده"، والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى رحمهما الله تعالى. والخصّاف رحمه الله تعالى فى كتابه اعتبر القدرة على الإنفاق، ولم يعتبر اليسار حتى قال: إذا كان فى كسب الابن فضل عن قوته يجبر الابن على أن ينفق على أبيه من ذلك الفضل، وهو موافق لقوله عليه الصلاة والسلام: «كلوا من كسب أولادكم»[٤]. قال: فإن كان

---

(١) العنكبوت: ٨.

(٢) معنى الحديث أخرجه الترمذى: ١٢٧٨، وأبو داود: ٣٠٦١، وابن ماجه: ٢١٢٨، والدارمى: ٢٤٢٥، وليس فيها كلمات: «إذا احتجم إليه بالمعروف».

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٢٢٨٢.

(٤) أخرجه الترمذى: ١٢٧٨، وأبو داود: ٣٠٦١، وابن ماجه: ٢١٢٨ و٢٢٨١، والدارمى: ٢٤٢٥، وذكره السيوطى فى كتابه: زيادة الجامع الصغير: ١٠٦٩.

الأولاد ذكوراً وإناثًا موسرين، فنفقة الأبوين عليهم بالسوّية فى أظهر الروايتين، وروى الحسن عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أنّ النفقة بين الذكور والإناث أثلاثًا على قياس الميراث، واعتبره بنفقة ذوى الأرحام.

وجه الرواية الأخرى -وهو الأصح- أنّ استحقاق الأبوين باعتبار حق الملك لهما فى مال الولد؛ لما روينا من الحديث فى هذا، وفى هذا الذكور والإناث سواء، ولهذا ثبت لهما هذا الاستحقاق، مع اختلاف [الملّة][1] عندنا وإن انعدم التوارث بسبب اختلاف الملّة.

ثم يفرض على الابن نفقة الأب، إذا كان الأب محتاجًا والابن موسرًا، سواء كان الأب قادرًا على الكسب أو لم يكن، هكذا ذكر خواهر زاده فى "شرح المبسوط". وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرحه: [أنّ الأب إذا كان كسوبًا والابن أيضًا كسوب، يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب][2].

٤٥٤٢- وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى شرح "أدب القاضى" للخصّاف: أنه لا يجبر الابن على نفقة الأب إذا كان الأب قادرًا على الكسب. واعتبره بذى الرحم المحرم، فإنه لا يستحق النفقة فى كسب قريبه، ولا على قريبه الموسر إذا كان هو كسوبًا؛ وهذا لأن استحقاق النفقة على الأقارب عند الفقر والحاجة، فإذا كان قادرًا على الكسب كان غنيّا باعتبار الكسب، فلا ضرورة إلى إيجاب النفقة على الغير.

٤٥٤٣- ثم على ما ذكر خواهر زاده وشمس الأئمة السرخسى يحتاج إلى الفرق بين نفقة الوالد وبين نفقة الولد. فإنّ الولد إذا كان ذكرًا بالغًا، وهو قادر على الكسب، لا يجب على الأب نفقته. والفرق وهو أنّ استحقاق نفقة الأقارب باعتبار الحاجة، وللأب زيادة فضيلة على الولد فى الاستحقاق باعتبار الحاجة، فإنه يستحق مال ولده للحاجة الضروريّة، وهى الحاجة إلى النفقة، وبغير الحاجة الضرورية كالاستيلاد، والوالد[3] لا يستحق مال الولد إلا بالحاجة الضروريّة، وهى الحاجة إلى النفقة، فلو شرط عجز الأب عن الكسب؛ لاستحقاق النفقة على الابن كما شرع فى حق الابن، لوقعت المساواة بينهما فى الاستحقاق بسبب الحاجة، وهذا مما لا وجه له ولا سبيل إليه. فالحاصل أنّ فى نفقة الوالدين يعتبر الفقر لا غير،

---

(١) هكذا فى "ب"، وكان فى باقى النسخ التى عندنا: المسألة.

(٢) هكذا فى "م".

(٣) وفى "ظ": والولد لا يستحق مال الوالد.

وعلى ما هو[1] ظاهر الرواية إلا على قول شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى.

٤٥٤٤- قال: رجل معسر له ابنان، أحدهما موسر مكثر، والآخر متوسط الحال، كانت النفقة عليهما، يجعل على الموسر المكثر أكثر مما يجعل على الآخر، هكذا ذكر الخصّاف فى "أدب القاضى"، وفى نفقاته. وذكر محمد رحمه الله تعالى فى "المبسوط". فقال: يكون بينهما على السواء؛ لأن العبرة لليسار، وكل واحد منهما موسر، فكانت النفقة عليهما[2] على السواء.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى: وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى: إنما تكون النفقة عليهما على السواء، إذا تفاوتا فى اليسار تفاوتًا يسيرًا، أما إذا تفاوتا تفاوتًا فاحشًا يجب أن يتفاوتا فى قدر النفقة، ثم إذا قضى القاضى بالنفقة عليهما، فأبى أحدهما أن لا يعطى الأب ما يجب عليه، فالقاضى يأمر الآخر بأن يعطى كل النفقة، ثم يرجع على الأخ بحصّته؛ لأنه لو لم يكن إلا هو كان كل النفقة عليه، فإذا وقع العجز عنها من جهة الأخ، يؤخذ كل ذلك منه، ثم يرجع هو على الأخ بحصّته.

٤٥٤٥- قال: وإن كانت للرجل المعسر زوجة ليست أم ابنه الكبير، لم يجبر الابن على أن ينفق على امرأة أبيه، وكذلك أم ولده وأمَته. وإنما لا يجبر الابن على نفقة هؤلاء؛ لأن نفقة الأب إنما وجبت بسبب القرابة، ولا قرابة بينه وبين امرأة أبيه، وبين أم ولده وأمَته، فلا يجبر على النفقة عليها، إلا أن تكون بالأب علّة، لا يقدر على خدمة نفسه، فيحتاج إلى خادم يقوم بشأنه وبخدمته، فحينئذٍ يجبر الابن على نفقة خادم الأب، منكوحة كانت أو أمَة؛ لأن الأب لا يستغنى عنها، فصار ذلك من فروض حاجة الأب، فصار كنفقة الأب، فجاز أن يستحق لقرابة الأب، هكذا ذكر الخصّاف رحمه الله تعالى فى "أدب القاضى". فعلى هذا لا يحتاج إلى الفرق بين امرأة الأب، وبين امرأة الابن؛ فإنّ الابن إذا كان معسرًا، وكان عاجزًا عن خدمته بنفسه بأن كان زمنًا، أو صغيرًا بحيث لا يأكل وحده، ولا يشرب وحده، يفرض نفقة خادمه على الأب. وإن كان صحيح البدن يمكنه خدمة نفسه لايفرض كما فى الأب.

٤٥٤٦- وذكر هشام فى "نوادره" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه يفرض نفقة امرأة الأب على ابنه إذا كانت المرأة عنده مطلقًا، فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين امرأة الأب وبين

---

(١) هكذا فى النسخ التى اعتمدنا عليها، وكان فى الأصل: ما هو قول شمس الأئمة.

(٢) وفى "ظ": بينهما مكان عليهما.

امرأة الابن، والفرق بينهما وهو أنّ نفقة الأب تشبه نفقة المرأة من وجه حتى يستحق مع ضرب غناه، بأن كان الأب قادراً على الكسب، ثم يفرض نفقة خادم المرأة على الزوج، على كل حال، فكذا نفقة خادم الأب، أما نفقة الابن صلة محضة لا تشبه نفقة المرأة بوجه ما حتى لا تستحق مع ضرب غناه، بأن كان الابن قادراً على الكسب، فكانت نفقة الولد نظير نفقة سائر الأقارب، وفى سائر الأقارب تجب نفقة القريب، ولا تجب نفقة الخادم، كذا هنا.

٤٥٤٧- قال: ولو أنّ امرأة معسرة لها ابن موسر، ولها زوج معسر وليس هو أب الابن، كانت نفقتها على زوجها؛ لأن نفقة الزوجات لا تسقط بالإعسار على ما مرّ فى فصل نفقة الزوجات، إلا أنّ هنا يؤمر الابن أن يقرضها على زوج، فإذا أيسر الزوج رجع عليه بما أقرضها؛ لأن الزوجية لا تسقط النفقة عن ذوى الأرحام، ألا ترى أنّ الأب يفرض عليه نفقة ابنته المراهقة، فإذا زوّجها سقطت عنه نفقتها، إلا أنّ الزوج هنا معسر، ونفقة الزوجة لا تسقط بالإعسار، فتجب النفقة عليه، لكن يؤمر الابن بالإقراض؛ لأنه أقرب الناس إليها، وهى محتاجة إلى الاستدانة، فتستدين من أقرب الناس إليها.

٤٥٤٨- فإن أبى الابن أن يقرضها النفقة، قال الخصّاف فى "أدب القاضى": قال الحسن ابن زياد رحمه الله تعالى: فرضت على الابن نفقتها، وأخذته بذلك، قالوا: والمراد من الفرض المذكور هذا، هو الجبر على الإقراض؛ لأن القرض بطريق الإيجاب، لأن الزوج لما كان معسراً، أو أبى الابن الإقراض، كان الزوج بمنزلة الميت، فيفرض على ابنها النفقة. وإنما ذكر قول الحسن رحمه الله تعالى؛ لأنه لم يحفظ فى هذا رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وذكر الخصّاف هذه المسألة فى نفقاته، إلا أنّ هناك وضع المسألة فى الزوج مع الأخ، وفى الزوج مع الأب، وذكر هناك أنّ الأخ الموسر، أو الأب الموسر إذا امتنع من الإنفاق يحبس؛ لأن هذا من المعروف، لأن كل نفقة معروف وصلة، فيجوز أن يحبس فى الأمر بالمعروف.

٤٥٤٩- ثم الأصل فى نفقة الوالدين والمولودين، أنه يعتبر القرب والجزئية، ولايعتبر الميراث، فإن استويا فى القرب، يجب على من له نوع رجحان، وإذا لم يكن لأحدهما رجحان فحينئذٍ تجب النفقة بقدر الميراث.

٤٥٥٠- بيان هذا الأصل: إذا كان للفقير والد وابن ابن موسرين، فالنفقة على الوالد؛ لأنه أقرب، وإذا كان له بنت وابن ابن [موسر][1]، فالنفقة على البنت خاصّة، وإن كان الميراث بينهما؛ لأن البنت أقرب، وإن كان له بنت بنت، أو ابن بنت وله أخ لأب وأم فالنفقة على ولد

---

(١) هكذا فى "ب".

البنت، ذكراً كان أو أنثى، وإن كان الميراث للأخ، لا لولد البنت، فعلم أنّ العبرة لقرب القرابة والجزئية وإن سفل، وولد الولد كانوا ولد بنت أو ولد ابن، فهم سواء فى النفقة عليهم دون الأخ لما قلنا. ولو كان له والد وولد، وهما موسران فالنفقة على ولده وإن استويا فى القرب، إلا أنّ الابن يرجّح باعتبار التأويل الثابت له فى مال ولده، ولو كان له جدّ وابن ابن، فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما، على الجدّ السدس، والباقى على ابن الابن.

٤٥٥١- ثم استشهد فى الكتاب لبيان أنّ العبرة فى نفقة الوالدين والمولودين للقرب والجزئية، دون الإرث بمسائل: منها: أنّ المعسر المسلم إذا كان له ابنان موسران، أحدهما مسلم، والآخر ذمّى، فنفقته عليهما جميعًا بالسويّة، وإن كان الإرث لايجرى بين المسلم والكافر.

٤٥٥٢- وكذلك إذا كان للرجل الفقير ابن، وأخ لأب وأم، وهما موسران، فالنفقة على الابن وإن كانا استويا فى الميراث. وكذا إذا كان للفقير المسلم ابن نصرانى، وله أخ مسلم، وهما موسران، فالنفقة على الابن وإن كان الميراث للأخ. وكذا إذا كان للفقير بنت، ومولى عتاقة، وهما موسران، فالنفقة على البنت وإن كانا مستويين فى الميراث. وكذلك المعسرة إذا كانت لها بنت، وأخت لأب وأم، فالنفقة على ابنتها وإن كانتا تشتركان فى الميراث.

٤٥٥٣- قال: الرجل إذا كان محتاجًا وله ابن كبير، فطلب الأب منه النفقة، ونازعه فى ذلك إلى القاضى، فإنّ القاضى لا يجبر الابن على نفقة الأب، إلا أن يعلم أنه يطيق. وفى بعض النسخ: إلا أن يعلم أنه مصطلح بذلك، أى قادر عليه؛ وهذا لأن وجوب الإنفاق القدرة على الإنفاق، فالأب يدّعى على الابن النفقة بواسطة شرطه وهو ينكر، فعلى الأب أن يثبت الشرط بالحجّة، فإن قال الأب: إنه يكسب ما يقدر على أن ينفق علىّ منه، فإنّ القاضى ينظر إلى كسب الابن، فإن كان فيه فضل عن قُوْتِهِ، يجبر الابن على أن ينفق على أبيه من ذلك الفضل؛ لأن شرط وجوب النفقة على الولد القدرة على الإنفاق وقد وجد، وإن لم يكن فى ذلك فضل عنه، فلا شىء عليه فى الحكم، لكن يؤمر من حيث الديانة أن لا يضيِّع والده.

٤٥٥٤- وقال بعض العلماء رحمهم الله تعالى: يجبر الابن على أن يدخل الأب فى قُوْتِهِ، إذا كان ما يصيب الابن من ذلك القوت يقوِّم معه بدنه، ولا يضره إضراراً يمنعه عن الكسب. وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنّ على الابن فى هذه الصورة أن يضمّ الأب إلى نفسه؛ لأنه لو لم يفعل ضاع الأب، ولو فعل لا يخشى الهلاك على الولد؛ لأن الإنسان لا يهلك على نصف بطنه، إلا أنّ فى ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمهم الله تعالى لا

يجبر على ذلك ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»[١] .

٤٥٥٥- هذا الذى ذكرنا إذا كان الابن واحداً ، فأما إذا كان للابن زوجة وأولاد صغار ، وباقى المسألة بحالها ، فالقاضى يجبر الابن على أن يدخل الأب فى كسبه ، ويجعله كأحد العيال الذى ينفق عليهم ، ولا يجبره أن يعطى له شيئًا على حدة . فرّق بين هذا وبين ما إذا كان الابن وحده ، والفرق وهو أنّ الابن إذا كان يكسب بقدر ما يكفى له ، ولزوجته ، ولأولاده الصغار ، فإذا دخل الأب فى طعامهم فلا إضرار[٢] عليهم ؛ لأن طعام الأربعة إذا فرّق على الخمسة ، لا يتضرّر كل واحد منهم ضرراً فاحشًا ، أما إذا دخل الواحد فى طعام الواحد ، يتفاحش الضرر .

٤٥٥٦- وإن قال الأب : إنّ ولدى هذا كسوب ، يقدر على أن يكتسب مقدار ما يكفيه ويكفينى، لكنه يدع العمل علىّ عمدا ؛ كيلا يفضل منه ما يعطينى شيئًا منه ، يريد بذلك عقوقى ، نظر القاضى فى ما قال ، وطريق النظر أن يسأل من أهل حرفته لمن لهم بصيرة فى هذا الباب ، فإن ظهر للقاضى أنّ الأمر على ما قاله الأب أجبر الابن على نفقة أبيه ، وأخذه بذلك ؛ لأنه قصد الإضرار بالأب .

وهذا كله إذا لم يكن الأب كسوبًا ، وأما إذا كان الأب كسوبا ، هل يجبر الابن على الكسب والنفقة؟ فقد ذكرنا فيه الاختلاف قبل هذا فلا نعيده .

٤٥٥٧- فإن كان للأب مسكن أو دابّة ، فالمذهب عندنا أنه يفرض النفقة على الابن ، إلا أن يكون فى المسكن فضل ، نحو أن يكفيه أن يسكن ناحية منه ، فحينئذٍ يؤمر الأب ببيع الفضل ، والإنفاق على نفسه . فإذا آل الأمر إلى الناحية التى يسكنها الأب ، يفرض نفقته حينئذٍ على الابن ، وكذلك إذا كانت للأب دابّة نفيسة ، يؤمر أن يبيع ، ويشترى الأوكس ، وينفق الفضل على نفسه . فإذا آل الأمر إلى الأوكس ، يفرض النفقة على الابن ، ويستوى فى هذا الوالدان ، والمولودون ، وسائر المحارم ، وهو الصحيح من المذهب .

٤٥٥٨- فإن فرض القاضى نفقة الأب على الابن الموسر كل شهر كذا ، وفرض كسوة الأب على الابن كل سنة كذا ، فتخرّقت الكسوة ، ولم تبقَ النفقة قبل مضى الوقت ، أو بقيت الكسوة ، وشىء من النفقة بعد مضى الوقت ، فقد مرّ هذا فى الفرق بين نفقة الأقارب وكسوتهم ، وبين نفقة الزوجات وكسوتهن ، فى باب نفقة الزوجات فلا نعيده .

---

(١) ذكره السيوطى فى "الجامع الصغير" رقم : ٤٦ .

(٢) وفى "ب" و "م" و "ف" : يقل الضرار .

٤٥٥٩- قال: فإن طلب الأب النفقة من ولده، فقال الولد: هو غنيّ، وقال الأب: أنا فقير، قال فى "المنتقى": روى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى، أنه يسأل عن حال الأب، فإن أخبر أنه فقير يجعل عليه النفقة، وإن قالوا: لا ندرى، لايجعل على الابن النفقة ما لم يقم الأب بيّنة أنه فقير، فلم يحكم بقبول قول الأب: إنه فقير، مع أنّ الظاهر شاهد للأب، فإنّ الأصل فى الآدمى هو الفقر، إلا أنّ الأب بهذا الظاهر يريد إثبات الاستحقاق على الابن، والظاهر لا يصلح حجّة لإثبات الاستحقاق [وإن أقاما جميعًا البيّنة، فالبيّنة بيّنة الأب؛ لأن بيّنة الأب تثبت الاستحقاق على الابن][1]، وبيّنة الابن تنفى ذلك، فكانت بيّنة الأب أولى بالقبول.

٤٥٦٠- وذكر فى "شرح القدورى"[2] فى الأب: إذا أنفق من مال الابن حال غيبة الابن، ثم حضر الابن، فقال الابن للأب: كنتَ موسرًا وقت الإنفاق من مالى، وقال الأب: كنتُ معسرًا، ينظر إلى حال الأب وقت الخصومة؛ لأن الحال يصلح دليلا على الماضى، وله أمثلة فى الشرع كمسألة الطاحونة وغيرها، فإن أقاما البيّنة فالبيّنة بيّنة الابن؛ لأن شهود الابن يثبتون حق الرجوع على الأب بما أنفق، وشهود الابن ينفون ذلك، والإثبات أولى من النفى فى باب البيّنات -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

نوع آخر فى نفقة الأجداد وأولاد الأولاد:

٤٥٦١- قال فى الكتاب: الجد بمنزلة الأب فى حق استحقاق النفقة عليه، إذا كان الأب ميتًا، أو كان الأب حيًّا فقيرًا؛ لأن الفقير ملحق بالميت فى حق استحقاق النفقة على الموسر. وفيه كلمات أنّ من يلحق بالميت ومن لا يلحق، سيأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى. ويعتبر فى حق الجد لاستحقاق النفقة الفقر لا غير[3] على ما هو ظاهر الرواية، كما فى حق الأب، والجد من قِبل الأم كالجد من قِبل الأب، وكذا يفرض نفقة الجدّات من قِبل الأم، ونفقة الجدّات من قِبل الأب، ويعتبر فى حق الجدّات [ما يعتبر فى حق الأجداد][4] أيضًا.

---

(١) أثبت من جميع النسخ التى يوجد عندنا.

(٢) وفى "م": وذكر الشيخ فى "شرح القدورى".

(٣) وفى "ب": لاستحقاق النفقة الفقير لا يجبر على ما هو ظاهر الرواية.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

٤٥٦٢- قال : فإن مات الأب [فنفقة الصغير][1] على الجد ؛ لأنه قائم مقام الأب ، فإن كان للصغير أمّ وجدّ ، فالنفقة على الأم والجد قدر ميراثهما أثلاثًا ، بخلاف الأب فى ظاهر الرواية . والفرق وهو أنّ اتصال النافلة بالجد بواسطة الأب كاتصاله فى الأخ ، ثم فى الأخ والأم النفقة عليهما على قدر ميراثهما أثلاثًا ، فكذا فى الجد والأم .

وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنّ النفقة كلها على الجد ، وهو أليق بمذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى الميراث ، فإنه يلحق الجد بالأب مطلقًا ، حتى قال : الجد أولى من الإخوة والأخوات .

٤٥٦٣- قال : فإن كان للفقير أولادًا صغارًا ، وجد موسر لم يفرض النفقة على الجد ؛ لأن النفقة لا تجب على الجد حال قيام الأب ، ولكن يؤمر الجد بالإنفاق صيانة لولد الولد ، ويكون ذلك دَينًا على والد الصغار ، كأنّ والد الصغار أمره بذلك . هكذا ذكر هذه المسألة فى "القدورى" ، فلم يجعل النفقة على الجد حال عسرة الأب ، وقد ذكرنا فى أول هذا النوع أنّ الأب الفقير يلحق بالميت فى حق استحقاق النفقة على الجدّ ، وهذا هو الصحيح من المذهب ، وما ذكر فى "القدورى" فذلك قول الحسن بن صالح رحمه الله تعالى ، هكذا ذكر الصدر الشهيد رحمه الله فى "شرح أدب القاضى" للخصّاف رحمه الله تعالى .

٤٥٦٤- قال : وإن كان الأب زمِنًا ، يقضى بنفقة الصغار على الجدّ ، ولم يرجع على أحد بالإنفاق ؛ لأن نفقة الأب فى هذه الحالة على الجد ، فكذا نفقة الصغار . وروى عن أبى يوسف رحمه الله فى صغير له والد محتاج وهو زمِن : فرضت نفقته على قرابته من قِبل أبيه دون أمه ، فكل من يجبر على نفقة الأب يجبر على نفقة الغلام ، وإن لم يكن له قرابة من قِبل أبيه ، قضيت بالنفقة على أبيه ، وأُمرت قرابة الأم بالإنفاق ، فيكون ذلك دَينًا على الأب ؛ وهذا لأن قرابة الأم لا يجوز أن يجب[2] عليهم نفقة الولد ، لما عرف أنّ الأب لا يشاركه غيره فى نفقة الصغير ، فإذا لم يكن للأب قرابة ، لم يبقَ[3] هنا وجها سوى أن يقضى بالنفقة على قرابة الأم ، ويكون ذلك دَينًا على الأب ؛ كيلا يشارك الأب غيره فى نفقة الولد . فأما قرابة [الأم][4] فمما يلزمهم نفقة الأب ، فجاز أن يلزمهم نفقة الغلام ؛ لكون نفقة ولده جاريا مجرى

---

(١) هكذا فى "م" ، وكان فى الأصل : فالنفقة .

(٢) وفى "ف" : أن يجعل .

(٣) وفى "ظ" : لم يكن .

(٤) هكذا فى "ب" ، وكان فى النسخ البواقى : الأب ، وهو الخطأ .

نفقته، هكذا ذكر هذه المسألة فى "شرح القدورى". وهذا الجواب إنما يستقيم، إذا لم يكن فى قرابة الأم من يكون محرمًا للصغير، ويكون أهلا للإرث؛ لأن شرط وجوب النفقة فى غير قرابة الأولاد المحرمية وأهلية الإرث على ما يأتى بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فأما إذا كان فى قرابة الأم من كان محرمًا للصغير وهو أهل الإرث، يجب عليه النفقة، ويلحق الأب المعسر بالميّت، لما ذكرنا قبل هذا -ولله الحمد-.

نوع آخر فى نفقة من سوى الوالدين والمولودين من ذوى الأرحام:

٤٥٦٥- والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾[1]. والمراد الوارث الذى هو ذو محرم، وهو قول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه، وهكذا كان يقرأ. وبه أخذ أصحابنا[2] رحمهم الله، حتى لا تجب النفقة على ابن العمّ وإن كان وارثًا؛ لأنه ليس بمحرم للصغير، والمراد من الوارث فى هذه الآية كونه أهلا للإرث، لا كونه وارثًا حقيقة، وبه أخذ أصحابنا رحمهم الله، حتى إنه إذا اجتمع الخال وابن العم، فالنفقة على الخال عند علمائنا الثلاثة وإن كان الميراث لابن العم؛ لأن الخال ذو رحم محرم، وهو أهل للإرث، وابن العم وإن كان وارثًا، فهو ليس بمحرم للصغير.

فالحاصل أنّ هذه النفقة لا تجب إلا على ذى رحم محرم هو أهل للإرث، سواء كان وارثًا فى هذه الحالة أو لم يكن، وعند الاستواء فى المحرمية وأهلية الإرث يترجّح من كان وارثًا حقيقة فى هذه الحالة، حتى إنه إذا كان له عم وخال، فالنفقة على العم؛ لأنهما يستويان فى المحرمية، ويترجّح العم على الخال فى هذه الحالة بكونه وارثًا حقيقة، وكذلك إذا كان له عم وعمّة وخالة، فالنفقة على العم الموسر لا غير؛ لأنه ساواهما فى المحرمية، والعم هو الوارث دونهما، فتكون النفقة عليه، ولو كان العم معسرًا، فالنفقة على العمة والخالة أثلاثًا، على قدر ميراثهما، ويجعل العم كالميت.

٤٥٦٦- إذا ثبت هذه الجملة فنقول: لا تجب [هذه][3] النفقة إلا على الموسرين، ولا تجب على الفقراء قليل ولا كثير؛ لأن هذه النفقة تجب بطريق الصلة، والصلات تجب على

---

(١) البقرة: ٢٣٣.

(٢) وفى "م": بعض أصحابنا.

(٣) أثبت من جميع النسخ التى عندنا.

الأغنياء [دون الفقراء][(١)] لمكان التعارض . ثم لا بد من معرفة حد اليسار الذى تعلّق به وجوب هذه النفقة ، وذكر ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله أنه اعتبر نصاب الزكاة . وروى هشام عن محمد أنه إذا كان له نفقة شهر لنفسه وعياله وفضل على ذلك ، يجبر على نفقة الأقارب ، وإن لم يكن له شىء ويكتسب كل يوم درهما ، ويكفيه أربعة دوانيق ، ينفق الفضل [على ذلك ، يجبر على النفقة][(٢)] عليهم .

٤٥٦٧- وذكر الشيخ الإمام الزاهد المعروف بـ "خواهر زاده" : أنّ المعتبر يسار محرم للصدقة ، بأن يملك ما فضل عن حاجته ما يبلغ مائتى درهم فصاعداً . وهو الصحيح ؛ وهذا لأنه لم يشترط لوجوب صدقة الفطر غنى موجبًا للزكاة ، إنما شرط غنى محرم للصدقة ، فكذا فى حق إيجاب النفقة ؛ لأن النفقة بصدقة الفطر أشبه منه بالزكاة ، لأن فى صدقة الفطر معنى المؤونة ومعنى الصدقة ، وإذا لم يشترط لصدقة الفطر غنى موجب للزكاة ، وهى صدقة من وجه [مؤونة من وجه][(٣)] ، فلأن لايشترط لوجوب النفقة غنى موجب للزكاة ، وإنها مؤونة من كل وجه كان أولى .

٤٥٦٨- قال : ولا يقضى بنفقة أحد من ذوى الأرحام إذا كان غنيّا ، وأما الكبار الأصحاء فلا يقضى لهم بنفقتهم على غيرهم وإن كانوا فقراء ، إلا الأبوين والجد والجدة [مع عدمهما][(٤)] ، وقد ذكرنا هذا فيما تقدّم . ويجب نفقة الإناث الكبار من ذوى الأرحام ، وإن كنّ صحيحات البدن إذا كان لهنّ حاجة إلى النفقة ، وقد ذكرنا مثل هذا فى نفقة الأولاد .

٤٥٦٩- ثم الأصل فى نفقة من سوى الوالدين والمولودين من ذوى الأرحام المحرم أنه يقسم على قدر الميراث ؛ لأن الله تعالى أوجب النفقة باسم الوارث ، قال الله تعالى : ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾[(٥)] . فقد وجب باسم الوارث ، فيجب التقدير به ، ولهذا قلنا : إنّ الرجل إذا أوصى لورثة بنى فلان وله بنون وبنات ، كانت الوصية لهم على قدر الميراث ، ولو أوصى لولد فلان كان الذكر والأنثى فيه على السواء ، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل .

٤٥٧٠- قال : إذا كان للصغير أم وعمّ ، أو أم وأخ لأب وأم كل واحد منهما موسر ،

---

(١) أثبت من النسخ التى عندنا .

(٢) هكذا فى "م" .

(٣) أثبت من النسخ التى عندنا .

(٤) أثبت من "ب" و"ف" و"م" .

(٥) البقرة : ٢٣٣ .

فالنفقة عليهما على قدر الميراث كنفقة الولد، وكذلك الرضاع عليهما أثلاثًا؛ لأن الرضاع نفقة الولد، فيكون عليهما على قدر الميراث، كنفقة الولد بعد الفطام. وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله: أنّ فى النفقة بعد الفطام الجواب هكذا، وكذلك فيما يحتاج إليه من النفقة قبل الفطام، فأما الرضاع فكله على الأم؛ لأنها موسرة بالدَّين، والعم معسر فى ذلك، ولكن فى ظاهر الرواية قال: قدرة العم على تحصيل ذلك بماله يجعله موسرًا فيه، فلهذا كان عليهما أثلاثًا. وإن كان العم فقيرًا والأم غنيّة، فالرضاع والنفقة على الأم؛ لما ذكرنا أنّ المعسر يجعل كالمعدوم فى حق إيجاب النفقة على الموسر. وإن كان له أم، وأخ لأب وأم، وأخ لأب، وهم أغنياء، فالرضاع على الأم والأخ أثلاثًا بحسب الميراث؛ لأن العم ليس بوارث فى هذه الحالة، وترجّح الأخ على العم؛ لكونه وارثًا حقيقة.

٤٥٧١- قال: وإذا كان للفقير الزمِن ابن صغير معسر أو كبير زمِن، ولهذا المعسر ثلاثة إخوة متفرّقين أهل يسار، فنفقة الرجل على الأخ من الأب والأم، والأخ من الأم أسداسا؛ لأن الابن الصغير والمعسر يجعل كالمعدوم فى إيجاب النفقة على الغير؛ لما ذكرنا أنّ نفقة ما عدا الوالدين والمولودين يجب على وارث ذى رحم محرم، وما لم يجعل الابن كالمعدوم، لا يصير الإخوة ورثة، فتعذّر إيجاب النفقة عليهم حال قيام الابن، فيجعل الابن كالمعدوم، وبعده الميراث بين الأخ لأب وأم، وبين الأخ لأم أسداسا فكذا النفقة.

٤٥٧٢- ولو كان مكان الابن بنت، فنفقة الأب على الأخ لأب وأم خاصة؛ لأنا نحتاج إلى أن نجعل الابنة كالمعدوم، فى حق إيجاب النفقة على الإخوة[١]؛ لأن الأخ لأب وأم يرث مع البنت، ولكن [تعتبر][٢] صفة الوراثة مع بقاءها، وقد تعذّر إيجاب النفقة على البنت، فيجب على الأخ لأب وأم. وأما نفقة الصغير فعلى العم لأب وأم [خاصة؛ لأن الأب المعسر فى حق النفقة جعل كالمعدوم، وبَعد الأب ميراث الولد للعم لأب وأم خاصة، فكذلك نفقة الولد تجب على العم لأب وأم][٣].

٤٥٧٣- قال: فإن كان مكان الإخوة أخوات متفرّقات، فإن كان الولد ذكرًا، فنفقة الأب على الأخوات أخماسا؛ [لأن أحدًا من الأخوات لا ترث مع الابن، فلا بد وأن يجعل

---

(١) وفى "ف" و "م": فى حق إيجاب النفقة على الإخوة؛ لأنه يرث مع الابنة الأخ لأب وأم، ولكن... إلخ.

(٢) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: تغير.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الابن كالمعدوم؛ ليمكن إيجاب النفقة على الأخوات، وبعد الابن ميراث الأب بين الأخوات أخماسًا][(١)، ثلاثة أخماسه للأخت لأب وأم، خمس للأخت لأب، وخمس للأخت لأم فردًا وردًّا، فالنفقة عليهم بحساب ذلك، ونفقة الولد على الأخت لأب وأم خاصة عندنا؛ لأن الوالد المعسر جعل كالمعدوم، وعند عدم الوالد ميراث الولد للعمة لأب وأم خاصة عندنا، فالنفقة تكون عليها أيضًا. وإن كان الولد بنتًا، فنفقة الأب على الأخت لأب وأم خاصة؛ لأنها وارثة مع البنت، فإن الأخوات مع البنات عصبة، فلا تجعل الابنة كالمعدوم هنا، ولكن لو مات الأب كان نصف ميراثه للبنت، والباقى للأخت لأب وأم، فكذا النفقة على الأخت لأب وأم. ونفقة البنت على العمة لأب وأم خاصة عندنا؛ لأن الأب المحتاج جعل كالمعدوم وعند انعدام الوالد فميراث البنت يكون للعمة لأب وأم خاصة عندنا، فكذا النفقة عليها أيضًا عندنا.

وصار الأصل فى إيجاب نفقة من سوى الوالدين والمولودين من ذوى الأرحام، أنه إذا اجتمع الموسرون والمعسرون من قرابته ينظر إلى المعسر، فإن كان المعسر بحال يحوز كل الميراث، ولا يرث معه أحد من الموسرين كالإخوة والأخوات مع الابن، يجعل هذا المعسر كالميت، ثم ينظر إلى الموسرين فتجب النفقة عليهم على قدر ميراثهم. وإن كان هذا المعسر لا يحوز كل الميراث، كالبنت مع الإخوة والأخوات، لا يلحق هو بالميت، بل يعتبر هو حيًّا، ويقسم الميراث بينهم على قدر سهامهم، ثم تجب كل النفقة على الموسرين، ولكن على السهام التى كانت نصيبهم من الميراث.

٤٥٧٤- بيان هذا الأصل: إذا كان للصغير أم، وثلاث أخوات متفرّقات، والأخت من الأب والأخت من الأم معسرتان، والأم، والأخت لأب وأم موسرتان، فكل النفقة تجب على الأم، وعلى الأخت لأب وأم، ولكن على أربعة أسهم، ثلاثة أسهم على الأخت لأب وأم، وسهم على الأم؛ لأن ميراث الصغير بينهم ينقسم على ستة أسهم، ثلاثة أسهم للأخت لأب وأم، وسهم للأخت لأب، وسهم للأخت لأم، وسهم للأم، فكان للأم من ميراث الصغير سهم، وللأخت لأب وأم ثلاثة، فتكون النفقة عليهما أرباعًا. ولو كانت الأخت لأب، والأخت لأم ملحقتين بالأموات، كان ميراث الصغير بين الأم، والأخت لأب وأم أخماسًا فردًا وردًّا، فينبغى أن تكون النفقة عليهما أخماسًا أيضًا، فعلم أنّ المعتبر ما قلنا، فعلى هذا الأصل تخرج هذه المسائل -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

---

(١) أثبت من النسخ التى عندنا.

الفصل الرابع
فى نفقات أهل الكفر

٤٥٧٥- [فى هذا الفصل نوع واحد :](١) قال : ولا يجبر المسلم على نفقة الكفار من قرابته، ولا الكافر على نفقة المسلمين من قرابته؛ لأن استحقاق النفقة متعلقة بصفة الوراثة، قال الله تعالى : ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾(٢)، واختلاف الدّينين يمنع الوراثة، فيمنع القضايا بالنفقة، إلا الزوج والوالدين والولد. أما الزوجة فلأن استحقاق الزوجة النفقة بحكم العقد، وذلك يتحقق مع اختلاف الدّينين، وأما الوالدان والولد، فالقياس أن لا يثبت لهم استحقاق النفقة مع اختلاف الدّينين؛ لأن استحقاق الوالدين والولد النفقة بطريق الصلة كما فى سائر الأقارب، ولكن فى الاستحسان يثبت الاستحقاق، إذا كان أحدهما مسلمًا، والآخر ذميًا؛ لقوله تعالى : ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾(٣)، وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتقلّب فى نعم الله تعالى، ويتركهما يموتان جوعًا، ولأن الاستحقاق فيما بين الوالدين والمولودين متعلّق بالأولاد، وذلك لايختلف باختلاف الدّين، وفى سائر الأقارب الاستحقاق بالوراثة، وذلك يختلف باختلاف الدّين.

٤٥٧٦- قال : والنوافل بمنزلة الأولاد، والأجداد، والجدّات من قِبل الأب والأم بمنزلة الوالدين؛ لأن استحقاق هؤلاء باعتبار الولاد كاستحقاق الأبوين. قال : ولايجبر المسلم والذمّى على نفقة والديه وولده من أهل الحرب، وإن كانا مستأمنَين فى دار الإسلام؛ لأنها صلة وقد نهينا عن صلة الحربى، قال الله تعالى : ﴿إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾(٤) الآية، وكذلك الحربى الذى دخل إلينا بأمان لايجبر على نفقة والديه [وولده](٥) إذا كانا مسلمَين، أو كانا من أهل الذمّة.

---

(١) أثبت من "ب".

(٢) البقرة: ٢٣٣.

(٣) لقمان: ١٥.

(٤) الممتحنة: ٩.

(٥) هكذا فى "ب".

٤٥٧٧- قال : ولا يجبر أهل الذمّة على أن ينفقوا على أحد من ذوى أرحامهم ، إذا كانوا على غير دينهم ، يريد به دِينا هو غير دِين الإسلام ، إلا على الأولاد ، والوالدين ، والأجداد ، وهكذا ذكر الخصّاف فى نفقاته . قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى فى "شرح النفقات" : ما ذكر الخصّاف رحمه الله تعالى إن كان محمولا على ما إذا كانوا من دارين مختلفين ، يعنى إذا كان الذمِّى ذو رحم محرم هو من أهل الحرب ، فهذا الجواب صحيح لما ذكرنا قبل هذا ، فأما إذا كان هذا الجواب يجرى على الإطلاق ، فالصحيح ما ذكر فى "المبسوط" أنهم يجبرون ؛ لأن الكفر ملة واحدة ، ولهذا يتوارثون فيما بينهم إذا كانوا من أهل دار الإسلام ، وتقبل شهادة بعضهم على البعض ، فأما نفقة المرأة فتجب وإن كانت على غير دينه ؛ لما ذكرنا أنها تستحق النفقة بالعقد ، وذلك لا يختلف باختلاف الدّين .

٤٥٧٨- قال : ولو أنّ مستأمنًا فى دارنا تزوّج ذمّية ، ودخل بها ، ثم طلّقها ، فلها النفقة فى قول من يوجب على الذمّية العدّة ، وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ، وقد عرف هذا فى "نكاح المبسوط" فى باب نكاح أهل الحرب . قال : والذمّى إذا تزوّج بمحارمه وذلك نكاح فى دينهم ، وطلبت منه نفقة النكاح ، فعلى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى يفرض لها نفقة النكاح ، وعلى قياس قولهما : لا يفرض ، بناء على أنّ لهذا النكاح حكم الصحة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، حتى قال : إذا طلب أحدهما الفرقة ، فالقاضى لايفرّق بينهما ، ما لم يطلب الآخر ، والمرأة تستحق النفقة فى النكاح الصحيح . وعندهما لهذا النكاح حكم الفساد ، حتى قال : يفرّق بينهما إذا طلب أحدهما ، وفى النكاح الفاسد لا يثبت استحقاق النفقة . وأجمعوا على أنّ فى النكاح بغير شهود تستحق هى النفقة ؛ لأن هذا النكاح محكوم بالصحة فيما بينهم عند الكل ، فتستحق النفقة لهذا .

٤٥٧٩- قال : وإذا أسلم الذمّى وامرأته من غير أهل الكتاب فأبتِ الإسلام ، وفرّق بينهما فلا نفقة لها فى العدّة ؛ لأن منفعة الاحتباس إنما فاتت من جهتها ، ولهذا يسقط جميع المهر لو كان قبل الدخول بها ، ومنفعة الاحتباس متى فاتت من جهتها توجب سقوط النفقة كما لو نشزت ، فأما إذا أسلمت المرأة وأبى الزوج الإسلام يفرّق بينهما سواء كان الزوج كتابيًا أو غير كتابى ، على ما عرف فى نكاح "المبسوط" ، وكانت لها النفقة والسكنى إذا كان بعد الدخول بها ؛ لأن منفعة الاحتباس إنما فاتت لمعنى من جهة الزوج ، فتكون محبوسًا عليه كما لو طلّقها بعد الدخول بها .

٤٥٨٠- قال : وإذا خرج الحربى وامرأته إلينا بأمان ، وطلبت النفقة ، فالقاضى لا

يفرض لها ذلك ، هكذا ذكر الخصّاف رحمه الله تعالى فى نفقاته ، وعلّل ، فقال : لأن هذا من أحكامنا ، ولم يرضوا بأحكامنا ، إلا أن يصيرا ذمّيين ، فحينئذٍ القاضى يفرض لها النفقة ؛ لأنهم رضوا[1] بأحكامنا . قال : وإذا خرج أحد الحربيين مسلمًا ، ثم خرج الآخر بعده فلا نفقة لها عليه ؛ لأن الزوج إذا كان هو الخارج أولا ، فلا عدّة عليها بالاتفاق . وإن كانت المرأة هى الخارجة ، فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا عدّة عليها ، وعندهما إن كانت عليها العدّة إلا أنّ وجوب نفقة العدّة باعتبار ملك الحبس الثابت للزوج عليها فى حالة العقد ، وتباين الدارين كما يقطع عصمة النكاح ، يقطع ملك الحبس الثابت بالنكاح أيضًا .

٤٥٨١- قال فى "السير الكبير" : لو فرض القاضى نفقة الزوجة ، والوالدين ، والولد فى مال مسلم أسير فى دار الحرب ، فقامت بيّنة على ردّة الأسير قبل فرض القاضى نفقة المرأة ، ضمنت ما أخذت من النفقة ؛ لأنه تبيّن أنها أخذت بغير حق ، فإن قالت : حاسبونى من نفقة عدّتى ، يقول لها الحاكم : لا نفقة لك ؛ لأن ردّة الزوج حصلت فى دار الحرب ، فكان بمنزلة الموت ، ولو مات الزوج لا نفقة لها ، كذا هنا . فإن قبضت نفقة شهر ، ثم قامت بيّنة على ردّة الزوج بعد مضى عشرة أيام من الشهر ، كان كل ذلك للمرأة فى قياس قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ، وفى قياس قول محمد رحمه الله تعالى : لها مقدار ما وجب لها قبل الردّة ، وهذا بناء على ما إذا أعطى الزوج امرأته نفقة شهر ، ثم مات أحدهما قبل مضى المدة ، لم يرجع عليها ولا فى تركتها فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ، وفى قول محمد : يرجع عليها بحساب ما مضى ، ويجب ردّ الباقى ، ووجه البناء وهو أنّ الردّة حصلت فى دار الحرب ، وكانت بمنزلة الموت .

---

(١) وفى "ب" : تراضوا.

الفصل الخامس
فى نفقة المماليك

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع فى بيان استحقاق نفقة المماليك:

٤٥٨٢- قال فى الكتاب : ظاهر مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى : أنّ الإنسان لايجبر على الإنفاق على ملكه سوى الرقيق كالدابّة والزرع والنخل، وأما فى سائر الحيوانات يفتى فيما بينه وبين الله تعالى بالإنفاق. وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه يجبر على الإنفاق على البهائم أيضًا، وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى، وأما فى غير الحيوانات كالدور والعقار فلا يجبر على النفقة، ولا يفتى به أيضًا، إلا أنه إذا كان فيه تضييع المال يكون مكروهًا. وأبو يوسف والشافعى رحمهما الله تعالى احتجّا وقالا بأنّ فى عدم الجبر على الإنفاق على البهائم تعذيب الحيوان بلا فائدة، وذلك منهى، وقاساه على الرقيق. ونحن نفرّق بينهما، ووجه الفرق وهو أنّ إجبار القاضى المولى على الإنفاق على مملوكه نوع قضاء، والقضاء لا بد له من مقضى له هو من أهل الاستحقاق، وهذا يوجد فى الرقيق؛ لأن الرقيق من أهل أن يستحق حقوقًا على المولى وعلى غيره فى الجملة، ألا ترى أنّ بالكتابة تستحق حقوقًا على المولى وإن كان مملوكًا! وأما غير الرقيق [والمكاتب][1] لا يستحق حقوقًا على المولى، فلا يصلح مقضيا له، فانعدم شرط القضاء فيعدم القضاء.

٤٥٨٣- ثم الأصل فى نفقة الرقيق أنّ من كان مملوك المنافع والمكاسب يجبر المولى على إنفاقه، ومن كان غير مملوك المنافع لا يجبر المولى على إنفاقه وإذا ثبت هذا فنقول: رجل له عبد، أو أمَة، أو مدبّر، أو مدبّرة، أو أم ولد، يجبر المولى على نفقتهم، فإن أبى المولى الإنفاق، فكل من يصلح للإجارة يؤاجر، وينفق عليه من أجرته، ومن لا يصلح لذلك لعذر الصغر أو ما أشبهه، ففى العبد والأمَة يؤمر المولى أن ينفق عليهما أو يبيعهما، وفى المدبر وأم الولد يجبر المولى على الإنفاق لا غير؛ لأنه لا [يملك][2] بيعهما. وأما المكاتب فالمولى لا يجبر على نفقته؛ لأنه غير مملوك المنافع والمكاسب.

---

(١) أثبت من "ب".

(٢) هكذا فى "ب"، وفى "ظ": لا يمكن بيعهما.

٤٥٨٤- ثم فرّق بين نفقة الرقيق وبين نفقة الزوجة من وجهين : أحدهما : أنّ الرقيق وإن كان صغيرًا تجب النفقة على المولى، والزوجة إن كانت صغيرة لا تشتهى لاتجب النفقة على الزوج. والثانى : أنّ المولى إذا أبى الإنفاق على الرقيق يجبر على البيع، والزوج إذا عجز عن الإنفاق على المرأة، لا يفرَّق بينهما. أما الفرق الأول فقد ذكرنا فى أول فصل نفقات الزوجات، وأما الفرق الثانى وهو أنّ المولى إذا أجبر على البيع دفعًا للظلم عن المملوك. يزول ملكه إلى خلف وهو الثمن، ولو لم يجبر يفوت حق المملوك فى النفقة لا إلى خلف؛ لأن نفقة المملوك لا تصير دَينًا على المولى بحال من الأحوال، فكان الجبر على البيع أقلُّ ضررًا. أما فى باب النكاح [لو أجبر][1] الزوج على التفريق دفعًا للظلم عن المرأة، يفوت ملك الزوج بغير خلف، ولو لم يجبر يفوت حق المرأة فى الحال إلى خلف، فإنّ نفقة الزوجة تصير دَينًا بقضاء القاضى، فكان ما يلحق الزوج من الضرر أكثر، فكان أولى بالدفع.

٤٥٨٥- قال: عبد أو أمَة فى يدى رجلين تنازعا فيه، وكل واحد منهما يدّعى أنه له، فإنهما يجبران على النفقة عليه؛ لأنه لما كان فى أيديهما، فالظاهر أنه ملكهما، ولو كان مكان العبد والأمَة دابّة، لا يجبران على النفقة؛ لأنهما لو كانت ملكهما لايجبران، فكذا إذا كانت فى أيديهما.

٤٥٨٦- قال: ولا تجب نفقة المعتق على المعتق، وإن كان المعتق عاجزًا عن الاكتساب لصغر، أو زمانة، أو ما أشبه ذلك، ولكن ينفق عليه من بيت المال؛ لأنه مسلم ليس له قرابة غنى، ومال بيت المال معدّ لذلك.

٤٥٨٧- قال: ولو أنّ رجلا فى يديه صغير، قال الآخر: هذا عبدكَ أودعتنى، وجحد الآخر، يستحلف بالله ما أودعته، فإذا حلف قضى بالنفقة على صاحب اليد؛ لأن الغلام إذا كان صغيرًا لا يكون هو فى يد نفسه، فكان القول فى رقته وحريّته قول من هو فى يده، وقد اعترف ذو اليد برقّه فصحّ اعترافه، ثم أقرّ أنّ ذلك الرق لغيره، فيبقى على حكم ملكه ما لم يصدّقه ذلك الغير. ولو كان ذلك الغلام كبيرًا لم يستحلف المدّعى عليه؛ لأن الكبير فى يد نفسه، فكان القول فى الرق والحرية قوله، فيكون الإنفاق واجبًا على من يدّعى الغلام أنه عبده[2] دون من يقرّ له ذواليد.

٤٥٨٨- والأصل لما بعد هذا: أنّ النفقة إنما تجب على من تحصل له المنفعة، فكل من

---

(١) هكذا فى "ظ"، وفى "ب" و"م" و"ف": لو أمر الزوج.

(٢) وفى "ب": أنه عبده إذا ثبت ذلك دون من يقر له ذو اليد.

حصلت له المنفعة كانت النفقة عليه، سواء كان هو مالك الرقبة أو لم يكن. إذا ثبت هذا فنقول: إذا أوصى بأَمَته لرجل، وبما في بطنها لآخر، فإن نفقة الجارية على الموصى له برقبتها؛ لأن منفعتها تحصل له. ولو أوصى بداره لرجل، وسكناها لآخر وهي تخرج من الثلث، فالنفقة على صاحب السكنى؛ لأن المنفعة تحصل له.

٤٥٨٩- فرع على مسألة السكنى فقال: لو انهدمت الدار كلها قبل أن يقبضها، فقال صاحب السكنى: أنا أبنيها وأسكنها، كان له ذلك ولا يصير متطوعًا؛ لأنه لم يصل إلى حقه إلا بهذا، وهو مضطر فيه، فصار كصاحب [العلو مع صاحب][1] السفل إذا انهدم السفل، فامتنع صاحب العلو عن بناءه فبناه صاحب العلو، لا يصير متطوعًا ويرجع على صاحب السفل. لكن بما ذا يرجع؟ فيه كلام يأتي بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فكذا هنا لا يصير متطوعًا، فإن انقضت السكنى، ينظر إن اجتمعا على أن يكون البناء لصاحب الرقبة، ويعطيه قيمتها يجوز؛ [لأن البناء كان ملك صاحب السكنى، فإذا باعه من صاحب الرقبة يجوز][2]، وإن لم يجتمعا كان له أن ينقض بناءه، كما في المشترى إذا بنى ثم جاء الشفيع، كان له الجواب على هذا الترتيب، كذا هنا.

٤٥٩٠- قال: ولو أوصى لرجل بنخل، ولآخر بثمرته أبدًا، فإنّ الوصية جائزة[3]، وتكون النفقة على صاحب الثمرة؛ لأن المنفعة تحصل له. ومن هذا الجنس إذا أوصى لرجل بتبن هذه الحنطة، وأوصى لآخر بالحنطة إن بقى من الثلث شيء، فالتخليص يكون في ذلك المال، وإن لم يبق فالتخليص يكون في ذلك عليهما؛ لأن المنفعة تحصل لهما.

٤٥٩١- فرّق بين هذا وبين ما إذا أوصى لرجل بدهن هذا السمسم، وأوصى لآخر بكسبه، فإنّ أجرة التخليص على صاحب الدهن[4]. والفرق وهو أنّ الدهن ههنا خفيّ وقعت الحاجة إلى إظهاره، وأما الكسب فظاهر، فكان التخليص عملا لصاحب الدّهن، فيكون أجره عليه. فأما الحنطة فحاصلة، غير أنها مستورة كالتبن حاصل، غير أنه غير مميز، فكان التخليص عملا لهما، فكان الأجر عليهما، وكذا الزيت والزيتون على هذا القياس.

٤٥٩٢- قال محمد رحمه الله تعالى: لو أنّ رجلا ذبح شاة، ثم أوصى لرجل بلحمها،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

(٣) وفي ي "ب" و"ف": فإن الوصية لهما.

(٤) وفي "ب": على صاحب التخليص.

ولآخر بجلدها، فالتخليص عليهما إذا لم يبقَ من الثلث شيء كما في الحنطة والتبن. وإن كانت الشاة حية وباقي المسألة بحالها، فأجر الذبح[1] على صاحب اللحم؛ لأن اللحم لا يحصل إلا بالذبح، فأما الجلد فحاصل من غير ذبح؛ لأنها وإن كانت ميتة يحصل الجلد، ثم أجر السلخ [عليهما؛ لأن منفعة السلخ][2] يحصل لهما.

نوع آخر في إيجاب النفقة في الملك الموقوف:

٤٥٩٣- قال: وإذا شهد الشاهدان على رجل في يديه أمَة، أنّ هذه الأمَة حرّة، قبِل القاضي هذه الشهادة، ادّعت الأمَة ذلك أو جحدت، ويضع القاضي الأمَة على يدي عدل ما دام في مسألة الشهود، هكذا ذكر الخصّاف في "أدب القاضي". وذكر محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": أنّ القاضي يضعها على يدي امرأة ثقة، ويستوي فيه أن يكون المولى عدلا أو غير عدل، كما في طلاق المرأة على ما مرّ قبل هذا. فإن طلبت النفقة بعد ما وضعها القاضي على يدي عدل، فرض القاضي لها النفقة على الذي كانت في يديه، وهو المولى الظاهر؛ لأن نفقتها كانت واجبة عليه قبل قيام البيّنة، فإن كانت البيّنة صدقة، سقطت نفقتها عنه، وإن كانت كِذبة، لا تسقط وإن صارت ممنوعة عن المولى، فإنّ نفقة المملوك لا تسقط عن المولى [وإن كان ممنوعًا عن المولى][3] على ما يأتي بعد هذا وقع الشك في سقوط النفقة، فلا يسقط بالشك.

وقول محمد رحمه الله تعالى في الكتاب: إنّ القاضي يفرض لها النفقة، ليس المراد منه الفرض حقيقة؛ لأن مولاها ظاهر، ونفقة المملوك لا تصير دَينًا على المولى فيما مضى وإن اتصل القضاء بها، إذ المملوك لا يستوجب على مولاه دَينًا، ولكن المراد منه أنّ القاضي يقدّر لها نفقة، ويجبره على أداءها، والفرض هو التقدير، قال الله تعالى: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾[4] أي قدّرتم، فإن أخذت نفقتها شهرًا، ثم لم يزكّ الشهود، وردّت الأمَة على مولاها، لا يرجع المولى عليها بما أنفق. وفي المنكوحة إذا كانت مدخولا بها، وفرض القاضي لها النفقة، فلم يزكِّ الشهود، وردّت المرأة على الزوج، فالزوج يرجع عليها بما أنفق.

---

(١) وفي "ظ": فأجبر الذبح.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

(٤) البقرة: ٢٣٧.

وفى المسألتين جميعًا تبيّن أنّ كل واحدة منهما، منكوحة ومملوكة منعتا عن الزوج والمولى، لا لمعنى من جهة الزوج والمولى، إلا أنّ المنكوحة إذا منعت عن الزوج لا لمعنى من جهة الزوج، تسقط نفقتها عن الزوج لما مرّ قبل هذا. والمملوكة إذا منعت عن المولى، لا لمعنى من جهة المولى، لا تبطل نفقتها؛ لأن نفقة المملوك لعلة الملك، والملك ثابت فى هذه الحالة[1]، فإن زكيت الشهود، فإن أنفق المولى عليها على وجه التبرع، أو أكلت فى بيت المولى بإذن المولى، فلا رجوع له عليها كما فى سائر التبرعات، فإن أجبر القاضى المولى على ذلك، أو أكلت فى بيت المولى بغير إذن المولى، رجع عليها، بخلاف الطلاق. والفرق وهو أنّ الاستحقاق هنا بحكم الملك، وتبيّن أنه لا ملك له فى ذلك الوقت، إذ القاضى إنما يقضى بحريّتها من الوقت الذى شهد به الشهود، فتبيّن أنها أخذت بغير حق، وثمة الاستحقاق باعتبار كونها محبوسة بحق الزوج [وتبيّن أنها محبوسة بحق الزوج][2] فى العدة، ويستوى فى جميع ما ذكر إن شهد الشهود بحريّتها من الأصل، أو بحريّتها بإعتاق وجد من المولى؛ لأن المعنى لا يوجب الفصل.

٤٥٩٤- قال: أمَة فى يدى رجل، ادّعى رجل أنها له وأقام شاهدين، فالقاضى يضعها على يدى عدل ما دام فى المسألة عن الشهود، لما قلنا. فإن طلبت النفقة، وفرض لها القاضى النفقة، ثم لم يزك الشهود، وردّت الجارية على المولى، فالمولى لا يرجع بما أنفق على أحد لما قلنا. وإن زكيت الشهود، وقضى القاضى بالجارية للمدّعى، لم يكن للمشهود عليه أن يرجع على المدّعى؛ لأنه أنفق على جارية الغير بغير إذن ذلك[3] الغير.

وهل يرجع بذلك على الجارية؟ على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يرجع، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يرجع، ويكون ذلك دَينًا فى ذمّة الجارية تباع فيه، إلا أن يفديه المقضى له؛ لأن القاضى لما قضى بالجارية للمدّعى، ظهر أنّ المدّعى عليه كان غاصبًا فى حال ما أنفق عليها؛ لأنها فى يد العدل، ويد العدل يد المدّعى عليه، ولهذا لو هلكت فى يد العدل ضمن المدّعى قيمتها، فتبيّن أنّ الجارية استهلكت شيئًا من مال الغاصب.

٤٥٩٥- ومن أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى: أنّ جناية المغصوب على مال الغاصب هدر كجناية المملوك على مال المالك، وعندهما معتبر كالجناية على مال الأجنبى، وهى من

---

(١) وفى "ب" و"ف" و"م": والملك ينافى هذه الحالة.

(٢) أثبت من "ف" و"م".

(٣) وفى "ب": بغير إذن المالك، وفى "ف": بغير إذن المولى.

مسائل "الزيادات"، ثم إنّ عندهما إذا بيعت أو فداها المقضى له، يرجع على المقضى عليه بالأقل من قيمتها ومن الفداء، وكذلك لو رافعته إلى القاضى وهى فى يده، ففرض لها نفقة أو أكلت شيئًا من ماله بغير إذنه، ثم استحقت فهذا والأول سواء، يعنى لم يصر دَينًا فى رقبتها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافًا لهما.

٤٥٩٦- قال: وإن كان مكان الجارية عبد، وباقى المسألة بحالها، فإنّ القاضى لا يضع العبد على يدى عدل، إلا إذا كان المدّعى عليه [لا يجد][1] كفيلا بنفسه وكفيلا بالعبد، وكان المدّعى لا يقدر على ملازمته، وكان المدّعى عليه مخوّفا على ما فى يده بالإتلاف، فحينئذٍ يضعه القاضى على يدى عدل بخلاف الأمَة، والفرق عرف فى موضعه.

٤٥٩٧- وكذلك إذا كان المدّعى عليه فاسقًا معروفًا بالفجور مع الغلمان، فإنّ القاضى يضعه على يدى عدل، وهذا لا يختص بالدعوى والبيّنة، بل فى كل موضع كان صاحب الغلام معروفًا بالفجور مع الغلمان، فالقاضى يخرج الغلام عن يده ويضعه على يدى عدل، بطريق الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

٤٥٩٨- وإذا وضع القاضى العبد على يدى العدل، أمره أن يكتسب وينفق على نفسه، إذا كان قادرًا على الكسب كما قبل الوضع على يدى العدل، بخلاف الأمَة؛ لأنها عاجزة عن الكسب عادة، حتى لو كانت الأمَة قادرة على الكسب، معروفة بذلك بأن كانت خبّازة أو غسّالة، تؤمر بالكسب أيضًا، هكذا قال الشيخ أبو بكر البلخى، والفقيه أبو إسحاق الحافظ رحمهما الله تعالى. وإن كان العبد عاجزًا عن الكسب لمرضه أو صغره، يؤمر المدّعى عليه بالنفقة؛ لأنه الآن بمنزلة الأمَة.

٤٥٩٩- قال: وإن كان مكان العبد دابّة، والمدّعى عليه لا يجد كفيلا، وهو مخوّف على ما فى يده، والمدّعى لا يقدر على ملازمته، فالقاضى يقول للمدّعى: أنا لا أجبر المدّعى عليه على الإنفاق، لكن إن شئت أن أضعها على يدى عدل، فأنفق عليها، وإلا لا أضع على يدى عدل. بخلاف العبد والأمَة؛ وهذا لأن المقصود من الوضع على يدى العدل صيانة حق المدّعى، وهو القضاء[2] له بالمدّعى به، حتى زكيت الشهود. وهذا لأن المقصود يفوت [فى][3] الدابّة متى أبى المدّعى الإنفاق؛ لأن المدّعى عليه لا يجبر على إنفاقه وإن كان هو المالك

---

(١) هكذا فى جميع النسخ التى يوجد عندنا.

(٢) وفى "ظ" و"ب": وهو الفضالة بالمدعى به.

(٣) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: على مكان فى.

ظاهرا، على ما عليه ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمهم الله تعالى، فلو لم ينفق المدّعى على الدابّة تتلف الدابّة، فلا يحصل ما هو المقصود للمدّعى من وضع الدابّة على يدى العدل، بخلاف العبد والأَمَة؛ لأن المدّعى عليه يجبر على إنفاقهما، وإن وضعا على يدى العدل، فلا ضرورة إلى أمر المدّعى بالإنفاق، والله المنعم على الإطلاق.

نوع آخر فى الإنفاق على العين المشتركة[1]:

٤٦٠٠- قال: دابّة بين رجلين امتنع أحدهما عن الإنفاق عليها، وطلب الآخر من القاضى أن يأمره بالنفقة حتى لا يصير متطوّعًا، فالقاضى يقول للآبى: إما أن تبيع نصيبك أو تنفق عليها. هكذا ذكر الخصّاف رحمه الله تعالى فى نفقاته، فقد فرّق بين هذا وبين ما إذا كانت الدابّة كلها لها، فإن[2] هناك إذا امتنع عن الإنفاق عليها لايجبر على ذلك. وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرح "كتاب المزارعة": أنّ هناك لا يجبر الآبى على الإنفاق أيضًا. والفرق على رواية الخصّاف أنّ الدابّة إذا كانت كلها لرجل، فليس فى ترك الإنفاق إتلاف ملك الغير، بل فيه إتلاف ملك نفسه، فلو وجب الإنفاق وجب لملكه، وملكه دابّته، وإنها ليست من أهل الاستحقاق؛ أما هنا فى ترك الإنفاق إتلاف ملك الغير، وهو ملك صاحبه، وصاحبه من أهل الاستحقاق، فجاز الجبر.

٤٦٠١- قال: نهر مشترك بين قوم وهو شِرب لهم ولأراضيهم، احتاج هذا النهر إلى الكرى، فأبى بعض أهل النهر الكرى، فالكلام هنا فى مواضع:

أحدها فى النهر الأعظم، فنقول: النهر الأعظم إذا احتاج إلى الكرى، فالسلطان يكريها من مال بيت المال، وكذلك إذا احتيج إلى إصلاح مسناته[3]، ويصرف فى هذا الكرى مال الخراج والجزية وما يجرى مجراهما، ولا يصرف فيه الصدقات والعشر. وإن لم يكن فى بيت المال شىء، فالإمام يجبر الناس على الكرى، إلا أنه يخرج إلى الكرى من كان يطيق الكرى منهم، ثم يجعل مؤونتهم على الأغنياء المياسير الذين لا يطيقون الكرى بأنفسهم.

٤٦٠٢- وأما النهر الذى دخل تحت القسمة، إلا أنّ المشتركة فيها عامّة كالكلأ، وما أشبهه، فكرى هذا النهر على أهلها، فإن أبى بعضهم الكرى يجبر الآبى على الكرى.

---

(١) هكذا فى نسخة "ظ"، وكان فى الأصل: العين المشترك.

(٢) وفى "م": فإن هلك هناك.

(٣) المسناة: مسيل الماء.

٤٦٠٣- وأما النهر الخاص بين قوم من كل وجه فكريه على أهل النهر، وإن أبى بعضهم الكرى، هل يجبر الآبى على الكرى؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: يجبر، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى، وقال بعضهم: لايجبر، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى، بل يرفع الأمر إلى القاضى أو الإمام، حتى يأمر الباقين بكرى نصيب الآبى، على أن يستوفوا مؤونة الكرى من نصيبه من الشرب، بأن يستوفوا نصيب الآبى من الشرب مقدار ما يبلغ قيمة ما أنفقوا من نصيبه الكرى، هكذا ذكر الشيخ الإمام الزاهد المعروف بـ"خواهر زاده" هذه المسألة فى "كتاب الشرب". وبه تبيّن أنّ ما ذكره الخصّاف فى نفقاته، أنّ فى النهر الخاص بين قوم يجبر الممتنع على الكرى، فذلك قول بعض المشايخ رحمهم الله تعالى.

ثم على قول بعض المشايخ الذين يريدون الكرى، إذا لم يرفعوا الأمر إلى القاضى، يرجعون على الآبى بقسطه من النفقة، وهل يمنع الآبى من الشرب حتى يؤدى ما عليه من النفقة؟ ذكر الصدر الشهيد فى شرح "نفقات الخصّاف": أنّ فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، وذكر فى شرح "عيون المسائل": أنّ على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى يمنع، ولم يأخذ بها شمس الأئمة الحلوانى.

٤٦٠٤- وأما إذا خيف أن ينشق النهر الخاص، وأرادوا أن يحصِّنوه فامتنع منه بعضهم، فإن كان فى هذا ضرر عام، بأن كان الماء يخرج إلى طريق المسلمين، وإلى أراضيهم لو لم يصطلحوا، يجبر الآبى على ذلك، وإن لم يكن فيه ضرر عام لا يجبر بالإنفاق.

٤٦٠٥- وأما إذا اتفق أهل النهر الخاص على ترك الكرى فى هذا النهر، لا يجبرهم الإمام على ذلك فى ظاهر المذهب. وقال بعض المتأخرين من مشايخنا: يجبرهم الإمام على ذلك، لحقِّ أصحاب الشفة[1]، هكذا ذكر الشيخ الإمام المعروف بـ"خواهر زاده" فى شرح "كتاب الشرب". وبه تبيّن أنّ ما ذكر الخصّاف فى نفقاته: أنّ صاحب النهر الخاص وصاحب البئر، يجبر على كرى النهر وعلى إصلاح البئر لحق أصحاب الشفة[2]، قول بعض المتأخرين من المشايخ، وليس بجواب ظاهر الرواية.

٤٦٠٦- فرع على هذه المسائل فى "كتاب الشرب" فقال: إذا أنفق أهل النهر الخاص

---

(١) وكان فى الأصل: نحو أصحاب السفينة، وفى "ظ": لحق أصحاب السيفنة.

(٢) وفى "ظ": لحق أصحاب السفينة.

على الكرى، قال أبو حنيفة رحمه الله : مؤونة الكرى من أعلى النهر، فإذا جاوز أرض رجل يرفع عنه مؤونة الكرى، وقال أبو يوسف ومحمد : الكرى عليهم جميعًا من أول النهر إلى آخره بحصص الشرب والأرضين، وأما إذا جاوز [موضعه][1] قرحة[2] رجل، هل يرفع عنه مؤونة الكرى؟ عند أبى حنيفة رحمه الله : الصحيح[3] أنه لا يرفع ما لم يجاوزوا أرضه، وعلى هذا الاختلاف إذا احتاجوا إلى إصلاح حافتى هذا النهر.

٤٦٠٧- وأما إذا كان النهر عظيمًا عليه قرى يشربون منها، وهى التى تدعى بالفارسية : كام، فأنفقوا على كرى هذا النهر، فبلغوا فوهة نهر قرية، هل يرفع عنهم مؤونة الكرى؟ لا رواية لهذه المسألة فى "المبسوط"، قال الإمام الشيخ خواهر زاده : ذكر هذه المسألة فى "النوادر" أنها ترفع[4] بالاتفاق، وعلى قياس المسألة الأولى ينبغى أن يشترط لرفع مؤونة الكرى مجاوزة الكرى أراضى هذه القرية.

٤٦٠٨- قال : زرع بين رجلين أبى أحدهما أن ينفق عليه، لا يجبر على ذلك لما قلنا، لكن يقال للآخر : أنفق أنت وارجع بنصف القيمة فى صحة شريكك. وكذا الحمام إذا كان بين رجلين غائب القدر[5]، أو [يهدم][6] الحوض، أو شىء من الحمام، فأبى أحدهما الإنفاق لا يجبر عليه، ولكن يؤمر الآخر بالإنفاق، ثم يرجع بحصة صاحبه فى الغلة، وأما إذا انهدم الحمام كله، فأراد أحدهما أن يبنى وأبى الآخر، يقسم أرض الحمام؛ لأنه إن كان لا يمكنه أن يبنى الحمام، يمكنه أن يبنى شيئًا آخر.

٤٦٠٩- قال : البئر إذا كان بين رجلين، وهو شِرب لماشيتهما، فامتنع أحدهما عن إصلاحه وقال : أنا لا أسقى ماشيتى منها، لا يجبر على ذلك لما قلنا، فإذا أصلح الآخر لا يكون له أن يرجع على الآبى. ولم يذكر الرجوع هنا على الآبى، وذكر الرجوع فى المسائل

---

(١) وفى "م" : وأما إذا جاوز أحد جد أول النهر، هل يرفع عنه إلخ؟ وفى "ب" و "ف" : وأما إذا جاوزوا قذف رجل أهل إلخ؟

(٢) لعله فوهة.

(٣) وكان فى الأصل : والصحيح.

(٤) وفى "ب" و "ف" : ذكر هذه المسألة فى "النوادر" لا ترفع بالاتفاق، وفى "م" : ذكر هذه المسألة فى "نوادره" : أنه ترفع بالاتفاق، وعلى قياس المسألة فى "نوادر" : أنه ترفع بالاتفاق.

(٥) وفى "ظ" : عابت القدر.

(٦) أثبت من "ظ".

المتقدّمة، فيحتمل أنّ الذى أصلح البئر أصلح بغير أمر القاضى، وفى تلك المسائل إذا كان الإنفاق بغير أمر القاضى، لايكون للمنفق ولاية الرجوع أيضًا على الآبى، ويحتمل أن يكون أصلح بأمر القاضى، فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين المسائل المتقدّمة. والفرق وهو أنّ [النفقة][1] ههنا إنما تجب بإزاء المنفعة، فإذا امتنع عن الانتفاع لم يكن عليه شىء، أما فيما تقدّم إن تعذّر الإيجاب بإزاء المنفعة، أمكن الإيجاب بإزاء ملك الرقبة، والرقبة لهم.

٤٦١٠- قال: دار أو حانوت بين اثنين لا يمكن قسمتها تشاجرا فيه، فقال أحدهما: لا أكرى ولا أنتفع به، وقال الآخر: أنا أريد أن انتفع، فإنّ القاضى يأمر بالمهايأة، ثم يقال للذى لا يريد الانتفاع [بها فى مدّته:][2] إن شئت فانتفع بها، وإن شئت فأغلق الباب؛ لأن فى امتناعه من المهاياة إلحاق الضرر لصاحبه. قال: العبد إذا كان مشتركًا بين رجلين [غاب أحدهما، فأنفق الآخر بغير أمر القاضى، وبغير أمر صاحبه فهو متطوع فى النفقة.

٤٦١١- وكذلك الزرع إذا كان مشتركًا بين رجلين][3]، والنخيل إذا كان مشتركًا بين رجلين غاب أحدهما، فأنفق الآخر بغير أمر القاضى، وبغير أمر صاحبه فهو متطوع فى النفقة؛ لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمر ذلك الغير، وبغير أمر من يلى عليه، وهو غير مضطر فى ذلك، فإنه يمكنه الإنفاق بأمر القاضى حتى يرجع بما أنفق فى حصته، ويجبى ملك نفسه، فكان بمنزلة المودع إذا أنفق على الوديعة، أو الملتقط إذا أنفق على اللقطة بغير أمر القاضى، وكالأجنبى إذا قضى دين غيره بغير أمر من عليه، وهناك كان متبرعًا، كذا هنا.

٤٦١٢- وكذلك الدار المشتركة إذا استُرِمَّت، فأنفق أحدهما فى مرَمَّتها بغير إذن صاحبه، وبغير أمر القاضى فهو متطوع، وهذا بخلاف ما لو أوصى برقبة نخلة [لإنسان، وثمرته لآخر، ثم غاب صاحب التمرة، فأنفق صاحب الرقبة على النخيل][4] بغير أمر القاضى، لم يكن متبرِّعا حتى كان له أن يستوفى ما أنفق من الغلة، وموضع الفرق باب البذر على المزارعة، فى شرح شيخ الإسلام خواهرزاده.

٤٦١٣- فرع على هذه المسألة فقال: إن لم يخرج النخيل من الغلّة فيما يستقبل مثل ما

---

(١) أثبت من "ب" و "ظ".

(٢) هكذا فى "ب"، وفى "التاتارخانية": لا يريد الانتفاع بما فى يده.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أنفق، لا يكون لصاحب النخيل أن يرجع بما بقى من نفقته على صاحب الغلّة، ولكن يبيع الخارج فى السنة الأخرى؛ حتى يستوفى تمام النفقة. فرّق بين هذا وبين الزرع المشترك بين رجلين، إذا أنفق أحدهما بأمر القاضى، حتى كان للمنفق ولاية ابتياع الخارج دون المزارع، إذا استوفى حصة المزارع من الخارج، وبقى من نفقته شىء، لا يكون له أن يبيع الخارج فى السنة الأخرى بما بقى من النفقة. وإن كان الإنفاق بأمر صاحبه فى مسألة الزرع، أو بأمر صاحب الغلة فى مسألة النخيل، كان له أن يرجع على صاحبه، وعلى صاحب الغلة بجميع ما أنفق، ولا يعتبر الخارج، والفرق فى هذا الباب أيضًا.

٤٦١٤- ثم الأصل فى النفقة على العين المشتركة، أنّ كل نفقة يجرى الجبر عليها إذا امتنع أحد الشريكين من الإنفاق، وأنفق الآخر بأمر القاضى، أو بأمر الآبى، فالمنفق يرجع بنصف النفقة على الآبى بالغًا ما بلغ، سواء بقى نصيب الأبى سالمًا له، أو هلك، كالعبد الصغير إذا كان بين شريكين، ولم يقدر أحدهما على الإنفاق، فأنفق الآخر بأمر القاضى أو بأمر صاحبه، رجع المنفق على صاحبه بحصته من النفقة بالغًا ما بلغ، سواء بقى الصغير[1] أو هلك.

٤٦١٥- وكل نفقة لا يجرى الجبر عليها كما فى نفقة الدابّة المشتركة، إذا أنفق أحدهما بأمر القاضى لم يكن للمنفق أن يرجع على شريكه فيما زاد على قيمة نصيبه، ولا بعد هلاك الدابّة، وكل نفقة يجرى الجبر عليها إذا أنفق أحدهما بأمر صاحبه يرجع على صاحبه بجميع حصته بالغًا ما بلغ، بقى ذلك الشىء أو هلك، فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل من الزرع المشترك، وغير ذلك.

٤٦١٦- وذكر فى "كتاب المزارعة": إذا مات رب الأرض فى وسط المدة، وقال المزارع: أنا أقلع الزرع، وأنفق ورثة رب الأرض بأمر القاضى، رجعوا على المزارع بجميع النفقة مقدارًا بحصته، ولو انقضت مدة المزارعة، وأنفق رب الأرض بأمر القاضى، فإنه يرجع بنصف القيمة مقدارًا بحصته، ولو كانت المزارعة قائمة، وعجز المزارع عن الإنفاق عليه لعسره[2]، فأنفق صاحب الأرض على الزرع بأمر القاضى حتى بلغ الزرع، فإنّ صاحب الأرض يرجع على المزارع بما أنفق، بالغة ما بلغت غير مقدّرة[3] بالحصة. ولهذه المسائل

---

(١) وفى "ب" و "م" و "ف": الصبى.

(٢) وفى "ب" و "ظ": لعسرته.

(٣) وفى "م": على مقدرة.

تفاصيل وتفريعات فى المـزارعـة الكبيرة فى باب "العـذر فى المزارعـة" بعضها فى شرح خواهر زاده، وبعضها فى شرح شمس الأئمة السرخسى.

ومما يتصل بهذا النوع:

٤٦١٧- حائط بين دارين وهو لصاحب الدارين [انهدم][1]، فقال أحدهما: ابنه، وقال الآخر: ابنه، الكلام فى جنس هذه المسائل أربعة أنواع: أحدها: إذا أراد أحدهما أن ينقض الحائط المشتركة وأبى الآخر، ذكر الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل البخارى فى "فتاواه": إذا كان لا يؤمن ضرر سقوطه، كان لكل واحد منهما أن يجبر صاحبه على نقضه، وما لا فلا، هكذا ذكر القاضى الإمام أبو عبد الله الدامغانى فى شرح "كتاب الحيطان"؛ وهذا لأن الحائط[2] فى الطريق إذا مال وخيف الوقوع، ثبت لكل واحد من المسلمين المطالبة بالنقض مع أنه ليس لأحد حق الملك، فلأن يثبت هذا ولكل واحد حق الملك أولى.

٤٦١٨- والثانى: الحائط المشترك إذا انهدم، فأراد أحدهما أن يبنى وأبى الآخر، فالمسألة على وجهين: أما إن كان موضع الحائط عريضًا، يمكن لكل واحد منهما أن يبنى حائطا فى نصيبه بعد القسمة، وفى هذا الوجه لا يجبر الآبى على البناء. الوجه الثانى: أن لا يكون موضع الحائط عريضًا بحيث لا يمكن لكل واحد منهما أن يبنى حائطًا فى نصيبه بعد القسمة، وفى هذا الوجه المسألة على أربعة أوجه: إما انهدم، أو خيف الوقوع فهدم أحدهما، وفى هذين الوجهين لا يجبر أحدهما على البناء، وإن كان صحيحا فهدمه أحدهما يجبر الذى هدم على البناء، وإن انهدمت الدار يجبر الآبى على البناء.

٤٦١٩- الثالث: إذا بنى أحدهما الحائط المشترك بغير أمر صاحبه، هل يرجع على صاحبه؟ فالمسألة على ثلاثة أوجه: إما أن لا يكون عليه حمولة كالخص[3]، وحائط الكرم[4] وغيرهما، وفى هذا الوجه لا يرجع البانى على صاحبه بشىء، هكذا ذكره فى كتاب الدعاوى فى فتاوى الفقيه أبى الليث، وفى "شرح مختصر الطحاوى" لأحمد جى، وإليه أشار القاضى الإمام أبو عبد الله الدامغانى فى شرح "كتاب الحيطان". وإن كان لهما عليه حمولة، فإن كان

(١) أثبت من النسخ التى عندنا جميعًا.

(٢) وفى "م": لأن الحائطين.

(٣) الخص: بيت من قصب.

(٤) وفى "م": حائط الدار.

فى موضع الحائط عريضًا على الوجه الذى قلنا لا يرجع، وإن لم يكن كذلك يرجع، وإن كان للبانى حمولة على هذا الحائط دون الآخر فكذلك الجواب، كذا ذكر الخصّاف فى نفقاته.

٤٦٢٠- والرابع : إذا بنى أحدهما الحائط المشترك، وكان له حق الرجوع على صاحبه، بأن لم يكن موضع الحائط عريضًا، وكان لهما عليه حمولة، أو كانت الحمولة للبانى، فقد ذكر فى جميع الكتب أنه يمنع صاحبه من وضع الحمولة عليه حتى يؤدى حصته، وليس المراد أنه لا يرجع بل يمنع صاحبه من وضع الحمولة إن أراد الانتفاع، بل المراد منه أنه يرجع عليه وإن لم يرد صاحبه الانتفاع، وإذا أراد صاحبه الانتفاع، لمنعه من الانتفاع أيضًا إلى أن يؤدى حصته، هكذا ذكر الشيخ الإمام فى شرح نفقات الخصّاف.

وذكر القاضى الإمام أبو عبد الله الدامغانى فى شرح "كتاب الحيطان" : أنه لا يجوز للقاضى أن يجبر شريكه على أداء حصته إذا لم يرد[1] الانتفاع به، وهكذا ذكر الشيخ الإمام الزاهد المعروف بـ"خواهر زاده" فى شرح "كتاب المزارعة" فى باب المزارعة، فى باب البذر فى المزارعة، فى مسألة السفل والعلو.

٤٦٢١- ثم إذا رجع، بماذا يرجع؟ ذكر القاضى الإمام الإسبيجابى رحمه الله تعالى فى شرح مختصر الطحاوى فى "كتاب الصلح" فى مسألة العلو والسفل، أنّ صاحب العلو يرجع على صاحب السفل مبيّنا بما أنفق، وهكذا ذكر خواهر زاده فى شرح "كتاب المزارعة"، وذكر فى فتاوى الفضلى فى الحائط المشترك أنه يرجع بنصف ما أنفق، وفى العلو والسفل يرجع على صاحب السفل بما أنفق على السفل. واستحسن بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى فقالوا : إن بنى بأمر القاضى يرجع بما أنفق، وإن بنى بغير أمر القاضى يرجع بقيمة البناء. وذكر القاضى الإمام أبو عبد الله الدامغانى فى شرح "كتاب الحيطان" : إذا بنى بغير أمر القاضى، يرجع بقيمة البناء بلا خلاف، وإن بنى بأمر القاضى يرجع بقيمة البناء فى رواية، وفى رواية يرجع بما أنفق.

ومما يتصل بهذا النوع:

٤٦٢٢- رجل أخذ عبدا آبقًا، وطلب صاحبه فلم يقدر عليه، فجاء إلى القاضى وأخبره بالقصة، وطلب من القاضى أن يأمره بالإنفاق عليه، فالقاضى لا يلتفت إلى قوله قبل إقامة

(١) وفى "ب" و "ف" و "م" : إذا لم يجبر الانتفاع به.

البيّنة [وبعد ما أقام البيّنة][1] كان للقاضى الخيار إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل كما فى اللقيط واللقطة. وبعد ما قبل القاضى البيّنة، إن كان الإنفاق أصلح لصاحبهما أمره بذلك، وإن كان ترك الإنفاق أصلح، بأن خاف أن يأكلها النفقة، أمره ببيعها وإمساك الثمن. وتمام هذه المسائل فى اللقيط، واللقطة، والإباق. وكذلك الحكم فيما إذا ادّعى أنّ هذا الشىء وديعة وأقام البيّنة، أو لم يقم فهو على ما قلنا.

تمّ كتاب النفقات من "المحيط البرهانى"، ويتلوه كتاب الطلاق.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

كتاب الطلاق

هذا الكتاب يشتمل على سبعة وعشرين فصلا

الفصل الأول فى بيان أنواع الطلاق

٤٦٢٣- فنقول : الطلاق نوعان : سنّى وبدعى ، والسنّى نوعان : سنّى من حيث العدد ، وسنّى من حيث الوقت ، والسنّى من حيث العدد نوعان : حسن وأحسن .

٤٦٢٤- أما الأحسن أن يطلّقها واحدة فى وقت السنّة ، ويتركها حتى تنقضى العدّة ؛ لأنه أبعد عن الندم ، فتكون أحسن ضرورة .

٤٦٢٥- وأما الحسن أن يطلّقها ثلاثًا فى ثلاثة أطهار ؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى حسم باب النكاح حتى يتخلص منها بالكلية ، ولكن إنما يحتاج إلى ذلك إذا جرّب نفسه ، فوجد نفسه بحال لايسعها إذا لم يجد إلى النكاح سبيلا ، فقدّر الشرع زمان التجربة بثلاثة أطهار ، فصار إيقاع الثلاثة فى ثلاثة أطهار [محتاجًا إليها][1] ، فكان حسنًا لها .

٤٦٢٦- وأما السنّى من حيث الوقت ، أن يطلّقها طاهرة من غير جماع ، أو حاملا قد استبان حملها ؛ وهذا لأن الأصل فى الطلاق هو الحظر ، والإباحة [من حيث الوقت أن يطلّقها][2] باعتبار الحاجة ، ودليل الحاجة الإقدام على الطلاق فى زمان كمال الرغبة فيها [وزمان كمال الرغبة][3] للزوج فيها زمان الحبل شفقة على الولد ، وزمان الطهر الذى لم يجامعها فيه ؛ لأنه لم يحصل مقصوده منها فى هذا الطهر ، أما زمان الحيض زمان [نفرة][4] عنها طبعًا وشرعًا ، والطهر الذى جامعها فيه زمان قلة رغبته فيها ؛ لتحصيل مقصوده عنها فى هذا الطهر ، فكان الطلاق فى الطهر الذى لم يجامعها فيه ، وفى حالة الحبل يكون واقعًا عن حاجته ، فيكون [سنيّا][5] فى الطهر الذى جامعها فيه ، وفى زمان الحيض واقعًا لا عن حاجة ، فيكون بدعيّا .

ثم ظاهر ما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل" فى هذه المسألة ، يدلّ على أنه يطلّقها متى طهرت من الحيض ، فإنه قال : يطلّقها إذا طهرت من الحيض قبل أن يجامعها .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) أثبت من "ف" .

(٣) أثبت من النسخ التى يوجد عندنا .

(٤) هكذا فى جميع النسخ التى عندنا ، وكان فى الأصل : تفرق .

(٥) هكذا فى النسخ الموجودة عندنا ، وكان فى الأصل : مفيد .

واختار بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى تأخير الإيقاع إلى آخر الطهر ؛ ليكون أبعد عن تطويل مدة العدة، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة . ثم الطهر الذي لم يجامعها فيه إنما يكون وقتًا للطلاق السنّي إذا لم يجامعها فيه، ولم يطلّقها في الحيضة التي سبقت هذا الطهر، فإنّ الجماع في حالة الحيض، والطلاق في حالة الحيض [يخرجان الطهر الذي عقيبه من أن يكون محلا للطلاق السنّي نص عليه في "الزيادات"، وهذا إذا لم يراجعها حين طلّقها في حالة الحيض][1]، فأما إذا [راجعها][2] فقد ذكر في "الأصل" أنها إذا طهرت، ثم حاضت ثم طهرت، طلّقها إن شاء، وهذا إشارة إلى أنّ بالمراجعة لا يعود الطهر الذي عقيب الحيض محلا للطلاق السنّي . وقد ذكر الطحاوي أنه يطلّقها في الطهر الذي يلي الحيضة، وهذا إشارة إلى أنه يعود محلا للطلاق السنّي، قال أبو الحسن : ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وما ذكره في "الأصل" قولهما . ولو طلّقها في حالة الحيض ثم تزوّجها، ثم أراد أن يطلّقها في الطهر الذي يلي هذه الحيضة، فهذا الطلاق يكون سنيًا بالاتفاق .

وهذا كله إذا كانت المرأة مدخولا بها، وهي ممن تحيض، فإن كانت ممن لاتحيض لصغر أو كبر، طلّقها متى شاء واحدة وإن كان عقيب الجماع، وكذلك الحامل . وقال زفر رحمه الله تعالى : يفصل بين الطلاق والجماع في حق الآئسة والصغيرة بشهر، والصحيح مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى ؛ لأن الطلاق في حق ذوات الأقراء، في الطهر الذي جامعها فيه، إنما كان حرامًا ؛ لأنه ربما يكون سببًا للندم بأن يظهر بها حبل، فيندم على طلاقها، وإنما يباح الإيقاع بشرط أن يأمن الندم، وهذا المعنى لا يتأتّى في حق الآئسة والصغيرة . قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى : وكان شيخنا يقول : هذا إذا كانت صغيرة لايرجى منها الحيض والحبل، فأما إذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل، فالأفضل أن يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر .

وأما البدعي فهو نوعان : بدعي لمعنى يعود إلى العدد، وبدعي لمعنى يعود إلى الوقت . فالذي يعود إلى العدد أن يطلّقها ثلاثًا في طهر واحد بكلمة واحدة أو بكلمات متفرقة أو يجمع بين الطلقتين في طهر واحد بكلمة واحدة أو بكلمتين متفرّقتين . وأما الذي يعود إلى الوقت، أنه يطلّق المدخول بها وهي من ذوات الأقراء في حالة الحيض، أو في طهر جامعها فيه، ولو طلّق غير المدخول بها، وهي من ذوات الأقراء في حال الحيض، لم يكن مكروها ؛ لأنه إيقاع

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) أثبت من النسخ التي عندنا، وكان في الأصل : جامعها .

لحاجة ، لأن جميع الأزمنة فى حق غير المدخول بها زمان كمال الرغبة فيها ؛ لأنه لم يقض وطره منها ، والمرأة توافق إلى ما لم ينل ، وبه فارق المدخول بها . ولو طلّق غير المدخول بها ثلاثًا بكلمة واحدة ، يكون بدعيًا .

وفى حق العدد سوّى بين المدخول بها وغير المدخول بها ، وفى حق الوقت فرّق بينهما ، فجعل الطلاق فى حالة الحيض مكروها فى حق المدخول بها ، ولم يجعله مكروهًا فى حق غير المدخول بها ؛ لأن الجمع إنما كره لأنه سبب لحسم باب النكاح ، وإنه لا يختلف . فأما الإيقاع فى حق المدخول بها فى زمان الحيض إنما كره ؛ لأنه زمان النفرة عنها ، فيكون إيقاعًا لا عن حاجة ، وجميع الأزمنة فى حق غير المدخول بها زمان كمال الرغبة فيها ، فكان الإيقاع عن حاجة فافترقا . والمرأة التى خلا بها زوجها فى حق مراعاة وقت الطلاق بمنزلة المدخول بها ؛ لأن الخلوة أقيمت مقام الدخول فى حق بعض الأحكام ، فكذا فى حق هذا الحكم احتياطًا .

والطلاق البائن ليس بشىء فى ظاهر الرواية ، وفى "زيادات الزيادات" أنه سنّى ، والخلع سنّى كان فى حالة الحيض [أو فى غير حالة الحيض][1] . وفى "المنتقى" ذكر مسألة الخلع بهذه الصورة ، ولا بأس بأن يخلعها فى الحيض إذا رأى منها ما يكره ، وفيه أيضًا : ولا بأس بأن يخيّر المرأة فى حالة الحيض ، ولا بأس لها أن تختار نفسها فى الحيض . وفيه أيضًا : إذا أدركت واختارت نفسها ، فلا بأس للقاضى أن يفرّق بينهما فى حالة الحيض .

وإذا قال لامرأته المدخول بها ، وهى من ذوات الأقراء : أنتِ طالق للسنّة ، وقعت تطليقة للحال ، إن كانت طاهرة من غير جماع ، وإن كانت حائضًا أو كانت فى طهر جامعها فيه ، لم يقع للحال شىء حتى يأتى وقت السنّة .

ولو قال لها : أنتِ طالق ثلاثًا للسنّة ، فهو على وجوه : إن نوى أن يقع عند كل طهر تطليقة ، فهو على ما نوى ، وكذلك إن لم ينو شيئًا ، فهى طالق عند كل طهر تطليقة ، وإن نوى أن يقع الثلاث جملة فى الحال صحت نيّته ؛ لأن وقوع الثلاث جملة عرف بسنّة رسول الله ﷺ ، ولو نوى أن يقع [الثلاث][2] عند رأس كل شهر تطليقة ، فهو على ما نوى ؛ لأن ذاك يحتمل أن يكون للسنّة كاملا ، بأن يكون رأس الشهر زمان الطهر ، فيكون سنّة وقوعًا وإيقاعًا ، ويحتمل أن يكون رأس الشهر زمان الحيض ، فيكون وقوعًا لا إيقاعًا . ولو نوى ما هو بدعة حقيقة ، وهو الثلاث جملة فى الحال تصح نيّته ، فإذا نوى ما تردّد حاله بين السنّة والبدعة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) أثبت من "م" .

أولى.

ولو كانت آئسة أو صغيرة مدخولة، فقال لها: أنتِ طالق ثلاثًا للسنّة وقعت فى الحال واحدة، وطئها للحال أو لم يطأها، وتقع بعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى؛ لأن الشهر فى حق الآئسة والصغيرة أقيم مقام الحيض فى ذوات الأقراء، فكما أنّ فى حق ذوات الأقراء تقع أخرى إذا طهرت من الحيض، فكذا فى حق الآئسة والصغيرة إذا مضى شهر.

وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى إذا قال لامرأته: أنتِ طالق كل شهر للسنّة، فإن كانت قد أيست من الحيض تعتدّ بالشهور، فهى طالق ثلاثًا عند كل شهر واحدة، وإن كانت تعتدّ بالحيض فهى طالق واحدة، إلا أن ينوى ثلاثًا عند كل شهر واحدة[١]، فيكون ثلاثًا بمنزلة قوله كل يوم.

وفى "الأصل": إذا طلّق امرأته فى طهر لم يجامعها فيه واحدة، ثم راجعها فى ذلك الطهر بالقول، فله أن يطلّقها ثانيًا فى ذلك الطهر، وكان سنيًا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى لا يكون سنيًا، وعن محمد رحمه الله تعالى روايتان. وعلى هذا الاختلاف إذا راجعها بالقُبلة والملامسة. وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: الشرط للفصل بين طلاقى السنّة الحيضة الكاملة، ولم يوجد ذلك هنا، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: الفصل بالحيضة إنما يعتبر إذا كانت الثانية تقع فى العدّة، وبالمراجعة ارتفعت العدّة، فكانت الثانية بمنزلة ابتداء الإيقاع، وقد حصل فى طهر لا جماع فيه، فيكون سنيًا. ثم الفقه لأبى حنيفة رحمه الله تعالى فى المسألة: أنّ إيقاع الثانية حصل عن حاجة، فيكون سنيًا كما لو كان مكان الرجعة نكاحًا. بيانه: أنّ الحاجة إلى إيقاع الثانية عليها حاجة الخلاص عنها عند عجزه عن الإمساك بالمعروف، وقد تجدّدت فى هذه الحاجة بالمراجعة، فإنه عاد حقها فى القسم، فيجب عليه الإمساك بالمعروف.

وذكر فى "المنتقى" مسألة النكاح على الخلاف أيضًا، وصورة ما ذكر ثمه إذا قال لامرأته، ولم يدخل بها: أنتِ طالق ثلاثًا للسنّة، وقعت[٢] واحدة ساعة ما تكلّم، فإن تزوّجها وقعت أخرى ساعة تزوّجها فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لاتقع حتى يمضى شهر كامل من الطلاق الأول، وكذلك لو كانت حاملا فقال لها:

---

(١) وفى "م": عند كل شهر واحدة، وإن كانت بالحيض، فهى طالق واحدة إلا أن ينوى ثلاثا، فيكون ثلاثا بمنزلة قوله... إلخ، وهذا تكرار.

(٢) وفى "م": حتى وقعت.

أنتِ طالق ثلاثًا للسنّة، حتى وقعت واحدة ساعة ما تكلّم، ولو وضعت حملها بعد ذلك بيوم، وتزوّجها وقعت أخرى. وعلى هذا إذا لمسها بشهوة، ثم قال لها فى حالة الملامسة: أنتِ طالق ثلاثًا للسنّة، يقع عليها ثلاث تطليقات على التعاقب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى. ولو كان راجعها بالجماع [فإن لم تحبل][1]، فليس له أن يطلّقها أخرى بالإجماع، وإن حبلت فله أن يطلّقها أخرى عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه[2]، ويكون سنيّا. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ليس له أن يطلّقها أخرى، فأبو يوسف مرّ على أصله، أنّ الشرط للفصل بين طلاق السنّة الحيضة الكاملة، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى فرّق بين ما إذا حبلت وبين ما إذا لم تحبل، والفرق أنها إذا لم تحبل فهذا طهر جامعها فيه، والطلاق عقيب الجماع فى الطهر لايكون سنيّا؛ لاحتمال حدوث الندم على ذلك لاشتباه الأمر، وهذا المعنى لا يتأتّى إذا كان الحبل ظاهرًا.

وفى "المنتقى": إذا طلّق امرأته واحدة وهى طاهرة من غير جماع، ثم جامعها مكانه فصار رجعة، ثم قال لها: أنتِ طالق ثلاثًا للسنّة، لم يقع فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى من قبل الجماع الذى كان فى هذا الطهر، وإنه محمول على ما إذا لم تحبل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، قال ثمه: ولو كان طلاق سنّتها بالشهور كان له أن يوقع الثانية بعد الجماع؛ لأن الجماع فيها لايمنع من طلاق السنّة.

وفيه أيضًا: إذا طلّق امرأته وهى حامل، ثم راجعها فولدت واغتسلت من النفاس، فله أن يطلّقها للسنّة، فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وإن لم يتم بين التطليقتين[3] شهر ودم، وفصل النفاس بين الطلاقين كالحيض. ولو طلّقها وهى صغيرة، ثم حاضت وطهرت قبل مضى الشهر، فله أن يطلّقها أخرى فى قولهم جميعًا؛ لأن الشهر إنما يعتبر للفصل بين الطلاقين فى حق الآئسة والصغيرة بدلا عن الحيض، فإذا وجد الحيض سقط حكم البدل. ولو طلّقها وهى من ذوات الأقراء ثم أيست، فله أن يطلّقها أخرى حين[4] تيأس،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى النسخ التى اعتمدنا عليها، وكان فى الأصل: ولو كان راجعها بالجماع، فليس له أن يطلقها أخرى بالإجماع، وإن حبلت فله أن يطلقها أخرى عند أبى حنيفة رضى الله عنه، ولو كان راجعها بالجماع، فإن لم تحبل فليس أن يطلقها أخرى، ويكون سنيا... إلخ.

(٣) وفى "ف": وإن لم يتم بين التطلقتين النفاس شهر ودم... إلخ.

(٤) وفى "م": حتى.

عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف : لا يطلّقها حتى يمضي شهر .

وفي "نوادر أبي سليمان" : عن أبي يوسف رحمه الله تعالى رجل قال لامرأته وقد أيست من الحيض : أنتِ طالق ثلاثًا للسنّة ، وقعت واحدة حين تكلّم به ، ثم إذا حاضت بعد ذلك وطهرت ، بطلت تلك التطليقة الأولى ، ولزمتها تطليقة عند الطهر من الحيض . يريد به إذا كان جامعها بعد الإياس قبل هذه المقالة . قال : وليست هذه كالصغيرة إذا حاضت ، فإنّ في حق الصغيرة لا تبطل التطليقة الأولى ، قال : فإن أيست بعد هذه الحيضة من الحيض ، واستبان إياسها ، وقعت التطليقتان الباقيتان بالشهور . وإذا قال لامرأته : أنتِ طالق غدًا للسنّة ، وهي ممن لايقع عليها طلاق السنّة في الغد ، لا يقع عليها الطلاق إلا في وقت السنّة . قال ابن سماعة في "نوادره" : ألا ترى أنه إذا قال لها : أنتِ طالق غدًا إذا دخلت الدار ، أنتِ طالق غدًا بدخولك الدار ، لا تطلق ما لم تدخل الدار ، كذا هنا .

ذكر المعلى في "نوادره" : رجل طلّق امرأته للسنّة وهي طاهرة من غير جماع من الزوج ، إلا أنّ رجلا آخر كان وطئها في طهرها هذا ، قال : إن كان وطئها في طهرها بالزنا ، فالطلاق واقع في طهرها هذا ، وإن كان وطئها بشبهة ، فالطلاق لايقع[1] عليها في هذا الطهر ، وعليها العدّة من الذي وطئها ، ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال على العكس ، ومن المشايخ من قال بالوقوع في الوجهين جميعًا .

وفي "المنتقى" : إذا ظاهر من امرأته ، ثم طلّقها طلاق السنّة في وقته ، قبل أن يكفّر عن الظهار وقع ، ولم تمنع حرمة الظهار عن وقوع الطلاق السنّي ، وكذلك لو تزوّج بأخت امرأته ودخل بها ، وفرّق بينهما وطلّق امرأته للسنّة في عدّة الأخت ، وكذلك لو طلّق امرأته للسنّة وهي حبلى من فجور .

امرأة نعي إليها زوجها ، فتزوّجت بزوج آخر ، ودخل بها هذا الزوج ، ثم قدم زوجها الأول ، وفرّق بينها وبين الزوج الثاني ، حتى وجبت العدّة من الثاني [فطلّقها الأول للسنّة في عدّتها من الثاني][2] ، لم يقع في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ، ويقع في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى . ولو كان الأول طلّقها ثلاثًا للسنّة قبل أن تتزوّج بالثاني ، فحاضت وطهرت ، فلزمتها تطليقة ، ثم تزوّجت بالثاني ودخل بها الثاني ، وفرّق بينهما ، لم يقع عليها

---

(١) وفي "ب" و "ف" : قال : إن كان وطئها بالزنا ، فالطلاق غير واقع عليها في طهرها هذا ، وإن كان وطئها بشبهة ، فالطلاق واقع عليها في هذا الطهر . . . إلخ .

(٢) أثبت من "ب" و "ف" .

ما بقى من طلاق السنة ما دامت تعتدّ من الثانى فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، وفى قول أبى حنيفة : يلزمها الطلاق .

نوع آخر مما يتصل بهذا الفصل:

ذكر فى "المنتقى" : إذا قال لها : أنتِ طالق للسنّة، فقالت : أنا طاهرة، وقال الزوج : وقعتُ عليكِ فى الحيض وبعده، فالقول قول المرأة، ولو قالت : أنا حامل، وقال هو : لستِ بحامل، لم تصدّق المرأة على ادّعاء الحمل . وفى "نوادر هشام" : عن أبى يوسف رحمه الله تعالى إذا قال لامرأته وقد دخل بها : أنتِ طالق واحدة للسنّة، فقالت المرأة : قد كنتُ حضتُ وطهرتُ قبل هذا، قبل أن تتكلّم بهذا الكلام، وتكلّمت به وأنا طاهرة ولم تقربنى، فقال الزوج : قد كنتُ قربتكِ [بعد الطهر][1] قبل هذا الكلام، فالقول قول الزوج . ولو قال الزوج : قد كنت قربتكِ فى الحيض، وكذّبته المرأة، فالقول قول المرأة . وكذلك لو قالت : لم تكن دخلتَ بى قط، فالقول قولها .

نوع آخر يتصل بهذا الفصل أيضًا:

قال فى "القدورى" : رجل قال لامرأته وهى أَمَة : أنتِ طالق للسنّة، وهى الساعة ممن لا يقع عليها طلاق السنّة، ثم اشتراها، ثم جاء وقت السنّة لم يقع عليها شىء بالاتفاق؛ لأن الطلاق إنما يقع إذا بقى النكاح أو العدّة، وبعد ما اشتراها لا نكاح ولا عدّة، أما النكاح فظاهر لطريان ملك اليمين المنافى للنكاح، وأما لا عدة فلأنها تحل له بملك اليمين، وأنه ينافى [وجوب][2] العدّة، وإن أعتقها، ثم جاء وقت السنّة، يقع الطلاق؛ لأن حكم العدّة قد ظهر بعد العتاق، فكانت محلا للطلاق .

ولو كان الزوج عبدا والمرأة حرّة، فقال لها : أنتِ طالق [للسنة، ثم اشترته يقع الطلاق إذا جاء وقت سنّتها . رجل قال لامرأته وهى أَمَة : أنتِ طالق][3] ثلاثًا للسنّة، وهى طاهرة لطهر جامعها فيه، ثم اشتراها، ثم أعتقها، فكأنها تعتدّ بحيضتين، فإذا طهرت من الحيضة الأولى وقع بها تطليقة، وثنتان بالأخرى أى بالحيضة الأخرى، ولا يقع طلاق آخر . ولو كانت حائضا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"م" .

(٣) أثبت من "ب" و"ف" و"م" و"ظ" .

حين ما قال لها هذه المقالة، ثم اشتراها وأعتقها في تلك الحيضة، ثم طهرت من تلك الحيضة، لا يقع عليها طلاق من قِبل أنه قد وقعت الفرقة بينهما بفساد النكاح، ولا يقع طلاق السنّة بعد فرقة كانت بين الزوجين[1]، إلا بعد شهر أو بعد حيضة. وكذلك المعتقة إذا اختارت نفسها في حالة [الحيض][2]، وقد كان الزوج قال لها: أنتِ طالق للسنّة، لم يقع عليها الطلاق إذا طهرت من هذه الحيضة.

إذا قال لامرأته الأمَة: أنتِ طالق ثلاثًا للسنة، وهي في الحال ممن لا يقع عليها طلاق السنّة، فاشتراها، ثم أعتقها في هذه المدّة، وتزوّجها في [مدّة][3] العدّة، يقع الطلاق عليها إذا كانت طاهرة من غير جماع، ولو تزوّجها بعد انقضاء العدّة وهي حائض، وقع الطلاق عليها كأنه قال لها: إذا تزوّجتكِ فأنتِ طالق للسنّة، فتزوّجها وهي حائض.

نوع آخر يتصل بهذا الفصل أيضًا:

إذا قال لها: أنتِ طالق للبدعة، ونوى ثلاثًا فهي ثلاث؛ لأن إيقاع الثلاث جملة بدعة، فقد نوى ما يحتمله لفظه، فصحّت نيّته. هكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى، وروى إبراهيم عنه: أنها واحدة يملك الرجعة. إذا قال لها: أنتِ طالق للشهور وهي لا تحيض، فهي طالق عند كل شهر تطليقة، هكذا ذكره القدوري في "شرحه"، وزاد في "المنتقى": ولو نوى ثلاثًا، فهي طالق ثلاثًا عند رأس كل شهر واحدة، ولو قال لها: أنتِ طالق للحيض، وهي ممن لا تحيض لا يقع شيء، ولم يفصل بين الآئسة والصغيرة.

قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: وهذا الجواب ظاهر في حق الآئسة؛ لأن الحيض في حقها ليس بموجود، ولا يوجد غالبًا، مشكل في حق الصغيرة؛ لأن الحيض في حقها يحتمل الوجود، فيوجد غالبًا، والإضافة إلى معدوم يحتمل الوجود صحيح، كما إذا قال لها: أنتِ طالق بعد غد. وهذا القائل يقول: بأنّ جواب الكتاب محمول على الآئسة، وفي حق الصغيرة يتوقف وقوع الطلاق على وجود الحيض.

وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: هذا الجواب مشكل في حق الآئسة والصغيرة جميعًا؛ لأن الحيض التي يضاف إليها الطلاق حيض العدّة، فكأنه قال لها: أنت طالق

---

(١) وفي "ب" و"ف" و"م": بين الزوج وامرأته.

(٢) هكذا في النسخ كلها التي اعتمدنا عليها، وكان في الأصل: الصغر.

(٣) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: هذه العدة.

للعدة[١]، هذا إذا قال لها : أنتِ طالق للحيض، وهى ممن لاتحيض. فإن كانت طاهرة من غير جماع، وقت هذه المقالة، طلّقت الساعة، كأنه قال لها : أنتِ طالق للعدّة، هكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى. وإن قال لها ذلك وهى حائض، ولم ينوِ شيئًا فهى واحدة رجعية، تقع عند طهرها من الحيضة، وإن نوى ثلاثًا فهى طالق من طهرها من كل حيضة حتى تطلّق ثلاثًا، ذكر المسألة على هذا التفصيل ابن سماعة.

وفى "القدورى" ذكر المسألة من غير تفصيل فقال : إذا قال لها : أنتِ طالق للحيض وهى ممن تحيض، وقع عند كل حيضة تطليقة. وفى "المنتقى" : إذا قال لها : أنتِ طالق بكتاب الله، ينوى الطلاق بالسنّة، فهو على ما نوى، وإن لم ينوِ شيئًا، فهى طالق ساعة ما تكلّم به، ولو قال لها : أنتِ طالق على ما فى كتاب الله، أو على قول القضاة، أو على قول الفقهاء، أو قال : بسنّة رسول الله، فهى طالق ساعة ما تكلّم، إلا أن يقول : عنيت بالسنّة، فيكون على ما عنى[٢].

نوع آخر يتصل بهذا الفصل أيضًا:

٤٦٢٧- ذكر ابن سماعة فى "نوادره" عن محمد رحمه الله تعالى : إذا قال لامرأته : أنتِ طالق ثلاثًا للسنّة مع كل واحدة للبدعة، فهى طالق ثلاثًا الساعة للبدعة. وذكر المعلى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى إذا قال لامرأته : أنتِ طالق تطليقتين أولاهما للسنّة، فإن كانت طاهرة من غير جماع وقعت عليها التى هى للسنة أولا، ثم يتبعها الأخرى، وإن كانت حائضا تأخرّت الطلقتان جميعًا حتى تطهر، ثم يقعان، التى للسنّة قبل الأخرى.

٤٦٢٨- ولو قال لها : أنتِ طالق ثنتين إحداهما للسنّة، والأخرى للبدعة، أو قال : أنتِ طالق واحدة للسنّة، والأخرى للبدعة، فإن كان الوقت وقت السنة يقعان جميعًا، يقع السنة أولا ويتبعها البدعى، وإن لم يكن الوقت وقت السنة يقع البدعة، ويتأخر السنة، وإن بدأ بالبدعة والوقت ليس وقت السنة، يقع البدعة ويتأخر السنّة.

نوع آخر من هذا الفصل أيضًا:

٤٦٢٩- عن أبى يوسف رحمه الله تعالى، فى رجل قال لامرأته وقد دخل بها : أنتِ

(١) وفى "ف" : للحيض.

(٢) وفى "ب" : نوى.

طالق ثلاثًا للسنّة بألف درهم، وقبلت المرأة ذلك، فقال: عنيت أن يقع الثلاث جميعًا، لزمها ثلاث تطليقات بقوله، ولا يكون له إلا ثلث الألف، إلا أن تصدّقه المرأة فى هذه النيّة. ولو قال لها: أنتِ طالق ثلاثًا للسنّة بألف درهم إن شئت، أو قدّم المشيئة على الطلاق، فإن كانت هذه المقالة فى حالة الحيض، فالمشيئة فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يكون حتى تطهر من الحيض، وإن كانت هذه المقالة فى طهر جامعها فيه، فحتى تحيض حيضة أخرى فتطهر -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل الثانى فى بيان شرط صحة إضافة الطلاق وبيان حكمه

٤٦٣٠ - فنقول : شرط صحة إضافة الطلاق قيام القيد فى المرأة نكاحًا كان أو عدّة، وقيام حل جواز العقد، ولا يكفى أحدهما لصحة الطلاق. أما قيام القيد[١] وحده، فلأنها إذا حرمت بالمصاهرة بعد الدخول بها حتى وجبت العدّة، فطلّقها فى العدة لا يصح طلاقه، وإن كان القيد قائمًا لما لم يكن حل جواز العقد [قائمًا. وأما قيام حل جواز العقد][٢] وحده، فإنه بعد ما طلّقها واحدة أو ثنتين، وانقضت عدّتها [وطلّقها، لا يصح طلاقه][٣] وإن كان حل جواز العقد قائمًا؛ لما لم يكن العقد قائمًا. وقيام ملك النكاح ليس بشرط لوقوع الطلاق [وصحّته، حتى إنّ المختلعة تلحقها صريح الطلاق ما دامت فى العدّة. وإن لم يكن ملك النكاح قائمًا، وحكم الطلاق زوال ملك النكاح، وزوال حل العقد][٤] متى تمّم ثلاثًا، والطلاق يصح مقيّدا أحد حكميه، فإذا طلّق امرأة واحدة وتركها حتى انقضت عدّتها، فهذا الطلاق صحيح وإن كان لا يفيد إلا زوال ملك النكاح، وكذا إذا طلّق المختلعة والمبانة بتطليقتين فى حالة العدة يصح، وهذا الطلاق لا يفيد إلا زوال حل العقد؛ لأن ملك النكاح زال بالخلع والطلاق البائن -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

---

(١) وفى "ب" و "ف" : العقد.

(٢) أثبت من "ب" و "ف" و "ظ".

(٣) هكذا فى النسخ الباقية التى اعتمدنا عليها، وكان فى الأصل : لو طلقها.

(٤) أثبت من كل النسخ التى عندنا.

الفصل الثالث في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع

٤٦٣١- طلاق الصبي غير واقع، وكذا طلاق المجنون والمعتوه، وقيل في الحدّ الفاصل بين المجنون والمعتوه والعاقل: إنّ العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله، وغيره نادر، والمجنون ضدّه، والمعتوه من يختلط كلامه وأفعاله، فيكون هذا غالبًا وذلك غالبًا، وكانا سواء.

وقيل أيضًا: المجنون من يفعل هذه الأفعال لا عن قصد، والعاقل يفعل ما يفعله المجانين في الأحانين[١]، لكن [لا][٢] عن قصد، يعني يفعل عن ظن الصلاح، والمعتوه من يفعل ما يفعله المجانين في الأحانين، لكن لا عن قصد، يعني يقصد فعله مع ظهور [وجه][٣] الفساد.

٤٦٣٢- وكذلك طلاق النائم غير واقع، وإذا طلّق النائم امرأته في حالة النوم، ثم قال بعد ما انتبه: أجزت ذلك الطلاق، لا يقع شيء، ولو قال: أوقعت ذلك تقع تطليقة، ولو قال: أوقعت ما تلفظت به في حالة النوم لا يقع شيء.

٤٦٣٣- ذكر شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده رحمه الله تعالى" في آخر باب الطلاق: وعلى هذا الصبي إذا طلّق امرأته، ثم قال بعد ما بلغ: أجزت ذلك الطلاق، لا يقع، ولو قال: أوقعت ذلك، يقع. وكذلك لو أنّ رجلا طلّق امرأة الصبي، فقال الصبي بعد بلوغه: أوقعت الطلاق الذي أوقعه فلان يقع، ولو قال: [أجزت][٤] ذلك، لا يقع شيء، ذكره محمد رحمه الله تعالى في شرح المأذون الكبير.

٤٦٣٤- قال القدوري في كتابه: وطلاق السكران واقع إذا سكر من الخمر أو النبيذ، وهو مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى، وكان أبو الحسن الكرخي يختار أنه لا يقع، وهو قول الطحاوي، وأحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى. ولو أكره على الشرب، أو شرب الخمر عند الضرورة فذهب عقله، فطلّق امرأته فطلاقه واقع، رواه هشام عن محمد رحمه الله تعالى، وعلّل فقال: لأن عقله إنما ذهب بلذّة، قال: ولو ذهب عقله من دواء ليس بلذّة وطلّق امرأته

---

(١) وكان في الأصل: أحايين.

(٢) أثبت من "ف" و"ظ" و"م".

(٣) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: درجة.

(٤) هكذا في "ب" و"م".

لاتطلق، وكذا لو شرب البنج وذهب عقله، فطلّق[١] امرأته.

٤٦٣٥- ذكر عبد العزيز الترمذى قال: سألت أبا حنيفة وسفيان الثورى رحمهما الله تعالى عن رجل شرب البنج، فارتفع إلى رأسه، وطلّق امرأته؟ قال: إن كان [تكلّم][٢] حين شرب، يعلم أنه ما هو، فهى طالق، وإن كان حين شرب لم يعلم أنه ما هو، لا تطلق. ولو شرب النبيذ، فلم يذهب عقله منه، ولكن لم يوافقه فصدع منه، فزال عقله بالصداع دون الشرب، لم يقع طلاقه. ولو شرب من الأشربة التى تتخذ من الحبوب، أو من العسل، أو من [السكر][٣]، فسكر وطلّق امرأته، لا يقع طلاقه عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى خلافًا لمحمد.

٤٦٣٦- وطلاق الهازل واللاعب[٤] واقع، وكذلك الرجل يريد أن يتكلّم بكلام، فسبق لسانه بالطلاق فالطلاق واقع. وفى "المنتقى": قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا يجوز الغلط فى الطلاق ويجوز فى العتاق، حتى إنّ الرجل لو أراد أن يقول لامرأته: اسقينى، فسبقه اللسان فقال: أنتِ طالق، قال: هى طالق، ولو كان ذلك فى العتاق، يُدين فيما بينه وبين الله تعالى [بمعنى لا يقع العتق][٥].

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى فى الإملاء: هما سواء، ولا يجوز الغلط فى واحد منهما، وسوّى أبو يوسف فى الإملاء بينهما، على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقال: على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، لا يدين فيما بينه وبين الله تعالى [فيهما، ويقع الطلاق والعتاق ديانة وقضاء، وعن أبى يوسف رواية أخرى: أنه لا يقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى][٦].

(١) هكذا فى الأصل و "ب" و "ظ"، وكان فى "م": لا تطلق، لعله فطلق.

(٢) هكذا فى الأصل، و "ظ"، ولكن ليس بضرورى.

(٣) هكذا فى "م"، وكان فى النسخ التى عندنا: الشهد.

(٤) وفى "ب" و "م": وطلاق اللاعب والهازل به واقع.

(٥) هكذا فى "م".

(٦) هكذا فى "م".

الفصل الرابع فيما يرجع إلى صريح الطلاق

٤٦٣٧- إذا قال لامرأته : يا مطلّقة! وقع الطلاق عليها، ولو قال : أردت به الشتم، دِين فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين فى القضاء؛ لأنه وصفها بالطلاق، فإذا قال : أردت به الشتم، فقد نوى شيئًا ليس بوصف لها، فيكون مدّعيًا خلاف الظاهر، فلا يصدّق فى القضاء، ولو قال : أردت أن أسبَّها بذلك، ولا أريد به الطلاق، فإذا قال : أردت به الشتم، صدّق فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يصدّق في القضاء. ولو قال : أردت طلاق زوج كان لها قبل ذلك، إن لم يكن لها زوج قبل ذلك، لا يلتفت إلى قوله، وكذا إذا كان لها زوج قبل ذلك، وقد مات عنها زوجها لا يلتفت إلى قوله، وإن كان قد طلّقها صدّق ديانة باتفاق الروايات، ويدين فى القضاء فى رواية أبى سليمان؛ لأنه وصفها بطلاق واقع، والطلاق لا يختص بإيقاع زوج دون زوج، فيصدّق فى ذلك، ولو قال لها : أنتِ مطلقة بالتخفيف، فذلك على النيّة.

٤٦٣٨- وفى "الواقعات" : إذا طلّق امرأته، ثم قال لها : قد طلّقتكِ، أو قال بالفارسية : طلاق دادم ترا، دادم ترا طلاق، يقع تطليقة ثانية، ولو قال : قد كنتُ طلّقتكِ، أو قال بالفارسية : طلاق دادم ترا، لا يقع شىء بالكلام الثانى. وفى "الأصل" فى باب الطلاق : إذا قال لامرأته : قد طلّقتكِ، أو قال : أنتِ طالق قد طلّقتك أمس، وهو كاذب كانت طالقًا فى القضاء، ولو قال لها : أنتِ طالق طالق، أو قال : طلّقتكِ طلّقتكِ، أو قال : أنتِ طالق قد طلّقتكِ، ثم قال : عنيت الأول دَين فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين فى القضاء.

٤٦٣٩- ومن هذا الجنس ما ذكر فى الفتاوى : رجل قال لامرأته : بيك طلاق دست بازد اشتم، أو قال : دست باز اشتم بيك طلاق، فقالت امرأته : باز گويد تا مرد مان بشنوند باز گفت اگر بارديگر چنين گفت : دست باز داشته ام، يا گويد دست باز داشتم، تكون واحدة. وإن قال : دست باز داشتمت بيك طلاق، يقع أخرى إلا إذا قال : عنيت بالثانى الإخبار، فيصدّق ديانة.

٤٦٤٠- ولو قال لها : أنتِ طالق، فقال له رجل : ما قلتَ؟ فقال : طلّقتها، أو قال : قلت هى طالق، فهى طالق واحدة فى القضاء؛ لأن قوله فى المرة الثانية خرج جوابًا، فيكون إخباراً عن الإيقاع الأول، ليتحقق جوابًا بخلاف المسألة المتقدّمة؛ لأن قوله فى المرة الثانية خرج على سبيل الابتداء، فكان إيقاعًا، هذه الجملة فى شرح القدورى.

٤٦٤١ - ولو قال لها : أنتِ طالق[١] ، ثم قال لها : يا مطلّقة ! لا يقع أخرى ؛ لأنه صادق فى مقالته . ولو قال لها : أنتِ طالق ، ونوى طلاقا من وثاق ، لم يدين فى القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . ولو صرّح وقال : أنتِ طالق من وثاق ، لا يقع فى القضاء شىء . ولو قال : أنت طالق من غل أو قيد أو ظلم ، ذكر هذه المسألة فى "المنتقى" فى الموضعين[٢] ، وأجاب فى أحد الموضعين أن لا يقع الطلاق فى القضاء ، وأجاب فى الموضع الآخر أنه يقع الطلاق فى القضاء .

٤٦٤٢ - وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رحمه الله إذا قال لامرأته : أنتِ طالق من هذا [القيد ، أو من هذا][٣] الغل ، طلّقت ثلاثًا ولم يدين فى القضاء . ولو قال لها أنتِ طالق وأراد به أنها طالق من العمل ، لم يدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه نوى [ما لا يحتمله لفظه][٤] ، لأن الطلاق لإزالة القيد ، وهى غير مقيّدة بالعمل . وروى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه يدين ؛ لأن الطلاق يذكر ويراد به التخليص عن العمل ، فكان ناويًا ما يحتمله لفظه .

٤٦٤٣ - ولو قال : أنتِ طالق من هذا العمل ، وقع الطلاق فى القضاء ، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن المرأة إذا لم تكن مقيّدة بالعمل ، كان قوله : من هذا العمل بيانًا صورة لاحقيقة ، فلا يصدّق قضاء باعتبار الحقيقة ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لوجود البيان صورة .

٤٦٤٤ - ولو قال لها : أنتِ طالق ، وقال : لم أعنِ الطلاق عن وثاق النكاح ، فإنه يقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى ، كما يقع فى القضاء . والوجه فى ذلك : أنّ الطلاق فى حقيقة اللغة وإن كان للإطلاق عن وثاق ، إلا أنه صار للإطلاق عن وثاق النكاح حقيقة ، وللإطلاق عن قيد الحقيقى مجازًا ؛ لأنه ثبت هذا الاسم [للإطلاق][٥] عن وثاق النكاح عرفًا وشرعًا ، والاسم متى ثبت لغير ما وضع له عرفًا وشرعًا ، فالاسم يصير لذلك حقيقة ، ولما وضع له مجازًا ، والحقيقة من الكلام لا يندفع حكمه إلا بإرادة المجاز ، أما بمجرّد ترك نية الحقيقة من غير

---

(١) وفى "م" : ولو قال لها : أنتِ طالق ونوى ، ثم قال لها . . . إلخ .

(٢) هكذا فى "م" ، وكان فى "ظ" : فى موضعين أنه لا ، وأجاب فى أحد الموضعين إلخ ، وكان فى الأصل : فى موضعين ؛ لأنه وأجاب . . . إلخ .

(٣) أثبت من النسخ التى يوجد عندنا .

(٤) هكذا فى النسخ التى عندنا ، وكان فى الأصل : ما لا يحتاج نفقة .

(٥) هكذا فى "ب" و "م" ، وكان فى الأصل : إلى طلاق .

نية المجاز [لا يندفع حكم الحقيقة ؛ لأن النية ليست بشرط لثبوت ما هو حقيقة اللفظ ، فلايمنع ثبوت حكم][(١)] الحقيقة بترك النيّة .

٤٦٤٥- والحاصل أنّ الكلام أنواع أربعة : حقيقة باعتبار الوضع ، وحكمه لا يندفع ما لم ينوِ المجاز . ومجاز صار كالحقيقة وهو ما ثبت عرفًا وشرعًا ، وحكمه لا يندفع أيضًا ما لم ينوِ المجاز ؛ لأنه ألحق بالحقيقة ، ومجاز متعارف ، ومطلق اللفظ ينصرف إليه ، ولكن إذا نوى أن لا يثبت ذلك لا يثبت ، وإن لم ينو غيره . ومجاز غير متعارف ، وإنه لا يثبت بمطلق الكلام إلا بالنية .

٤٦٤٦- رجل قال لامرأته : ترا سه طلاق ، يقع الثلاث ؛ لأن هذا بمنزلة قوله : أعطيتكِ ثلاث تطليقات ، ألا ترى أنه لو قال لغيره : لك هذا الثوب ، كان هبة وكان بمنزلة قوله : أعطيتكِ هذا الثوب! هكذا ذكر الصدر الشهيد في باب الثوب . وفي هذا الباب أيضًا : إذا تشاجر الرجل مع امرأته ، فقال لها بالفارسية : هزار طلاق ترا ، ولم يزد على هذا يقع الثلاث ، لأن هذا فارسية قوله : ألف تطليقة لكِ ، ولو قال : ألف تطليقة لكِ ، يقع الثلاث ؛ لأنه لو قال : لكِ ألف تطليقة ، يقع الثلاث ، فكذا إذا قدّم المؤخر ، هكذا ذكره في تعليل المسألتين مع جوابهما .

٤٦٤٧- وفي "فتاوى أهل سمرقند" من ترا طلاق دادم ، فإن نوى الإيقاع يقع ، وإن نوى التفويض لا يقع ؛ لأنه يحتمل التفويض ، وإن لم تكن له نية يقع ؛ لأنه إيقاع ظاهرًا ، فينصرف إليه ما لم ينوِ شيئًا آخر .

٤٦٤٨- وفي "فتاوى الفضلي" : ترا طلاق إيقاع ، طلاق ترا تفويض ، إن طلّقت نفسها في المجلس يقع . وفي "المنتقى" : رجل قال لامرأته : لكِ الطلاق ، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : إن نوى الطلاق فهي طالق ، وإن لم يكن له نيّة فلا شيء عليه . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إن نوى الطلاق فطلاق ، وإلا فالأمر بيدها . ولو قال : عليكِ الطلاق فهي طالق إذا نوى . وفيه أيضًا : عن أبي يوسف إذا قال لامرأته : لكِ الطلاق ، إنها طالق في القضاء ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن عنى غير ذلك .

٤٦٤٩- ولو قال لها : طلاقي عليكِ واجب وقع ، وكذا إذا قال لها : الطلاق عليكِ واجب ، رواه البقالي في فتاواه . ولو قال لها : طلاقكِ عليّ لا يقع ، ولو قال : طلاقكِ عليّ واجب ، أو لازم ، أو فرض ، أو ثابت ، ذكر الفقيه أبو الليث في فتاواه خلافًا بين المتأخرين ،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

منهم من قال: يقع واحدة رجعية نوى أو لم ينوِ، ومنهم من قال: [لا يقع نوى أو لم ينوِ، ومنهم من قال:][1] في قوله: واجب يقع بدون النيّة، وفي قوله: لازم لا يقع وإن نوى، والفارق العرف.

٤٦٥٠- وعلى هذا الخلاف إذا قال لها: إن فعلتِ كذا، فطلاقك عليّ واجب، أو قال: لازم، أو قال: ثابت ففعلت، ذكر القدوري في شرحه أنّ على قول أبي حنيفة: لا يقع الطلاق في الكل، وعند أبي يوسف إن نوى الطلاق يقع في الكل، وعن محمد: أنه يقع في قوله: لازم، ولايقع في قوله: واجب. واختار الصدر الشهيد على الوقوع في الكل؛ لأن نفس الطلاق لايكون لازمًا، وواجبًا، وفرضًا، وإنما يكون حكمه واجبًا، وحكم الطلاق لا يجب إلا بعد الوقوع. وكان الشيخ الإمام ظهير الدين الحسن بن علي المرغيناني يفتي بعدم الوقوع في الكل. عن ابن سلام رحمه الله فيمن قال: إن فعلت كذا فثلاث تطليقات عليّ، أو قال: عليّ واجب، أنه يعتبر عادة أهل البلدة، هل غلبة ذلك في أيمانهم؟

٤٦٥١- ولو قال لامرأته: طلّقكِ الله، تطلّق وإن لم ينوِ؛ لأنه لا يطلّقها الله إلا وهي طالق، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث. وفي "المنتقى": وفي الديون شرط النية، والأول أصحّ. ولو قال لها: بثلاث باش، أو قال: بطلاق باش بحكم النية، وكان الشيخ ظهير الدين يفتي بالوقوع في هذه الصورة بلا نية.

٤٦٥٢- إذا قال لامرأته: أنتِ طالق من امرأة فلان، وهي مطلّقة، فذاك على نيّته، إلا أن يكون جوابًا لمسألة الطلاق، هكذا ذكر القدوري في "شرحه". وصورة ذلك: أنّ المرأة إذا قالت[2] لزوجها: قد طلّق فلان امرأته فطلّقني، فقال الزوج: أنت أطلق منها فهي طالق، ولا يدين. وكذلك إذا قال: أنتِ أبين منها. وسئل نصير رحمه الله تعالى عن ذلك، فقال يقع، ثم قال في اليوم الثاني: وجدت [رواية عن أبي يوسف أنه لا يقع، قال الفقيه أبو الليث: معناه أنه لم ينوِ، وإذا نوى يقع، كذا روى عن أبي يوسف في الآمالي. إذا قال: خذي طلاقك يقع، وكذا إذا قال لها: أوجدت][3] طلاقكِ يقع، وإذا قال لها: [شئت][4] طلاقكِ، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرحه: أنه يقع الطلاق، ولم يشترط فيه نيّة الإيقاع.

---

(١) أثبت من النسخ التي عندنا.

(٢) وفي "ظ": إذا قالت ذلك.

(٣) أثبت من النسخ التي عندنا.

(٤) هكذا في "م"، وكان في الأصل و"ظ": ثبت.

٤٦٥٣ - وذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه : إذا قال : شئت طلاقك بنيّة الإيقاع يقع، وذكر فى "المنتقى" فى باب الضيف من كتاب الطلاق، قال لامرأته : شئت[1] طلاقك وهو ينوى الطلاق طلّقت، وذكر فى باب الكنايات، إذا قال لها : شاء الله طلاقك، قضى الله طلاقك، شئت طلاقك، أمضيت طلاقك، قضيت[2]، لا تطلّق إلا أن ينوى. ولو قال لها : نويت طلاقك، أحببت طلاقك، رضيت طلاقك، أردت طلاقك، لا تطلّق وإن نوى. قال فى "المنتقى" : والقياس فى كل ذلك سواء، غير أنّ شئتُ ذو شبه بالطلاق، فاستحسنه وحده.

٤٦٥٤ - إذا قال لها : وهبت لك طلاقك، فهذا صريح حتى يقع الطلاق قضاء وإن لم ينو به الطلاق، وإذا قال : نويت أن يكون الطلاق فى يدها، لا يصدّق قضاء ويصدّق ديانة، وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يصدّق قضاء أيضًا. ولو قال لها : أعرتك طلاقك، روى عن أبى يوسف : أنه يقع، وعن محمد : أنه لا يقع. ذكر هذه المسألة فى فتاوى أبى الليث، قال نصير : الطلاق فى يدها بمنزلة ما لو قال لها : أقرضتك طلاقك يقع، ولو قال لها : رهنتك طلاقك لم يرو عن المتقدّمين [فى كل فيها شىء، وقال من مشايخنا المتأخرين][3] : ينبغى أن لا يقع.

٤٦٥٥ - وإذا قال الرجل : أخبر امرأتى بطلاقها، فهى طالق ساعة ما تكلّم، أخبرها ذلك الرجل، أو لم يخبرها ذلك الرجل، وكذلك إذا قال : بشّرها بطلاقها، احمل إليها طلاقها، أخبرها أنها طالق، قل لها : إنها طالق، بخلاف ما لو قال : قل لها أنت طالق، فإنه لا يقع الطلاق ما لم يطلّقها. إذا قال لها : ترا سه طلاق داد ستند، لا يقع شىء؛ لأنه ذكر الإيقاع دون الوقوع.

٤٦٥٦ - امرأة قالت لزوجها : طلّقنى فضربها، فقال : اينك طلاق، لا يقع؛ لأنه لم يوجد الإضافة، ولو قال : اينك تو طلاق، يقع، كذا حكى شمس الأئمة الحلوانى. وفى "مجموع النوازل" فى كتاب الإيمان : سئل شيخ الإسلام عن امرأة، قالت لزوجها عند المشاجرة : مرا طلاق ده؟ مرد چوب برداشت ومى زد، ومى گفت داد طلاق. قال : لا تطلّق. وسئل الإمام أحمد القلانسى عن امرأة قالت لزوجها : طلّقنى، فوكزها وقال : اينك طلاق، ثم وكزها ثانيًا، فقال : اينك دو طلاق، ثم وكزها ثلاثًا فقال : اينك ترا سه طلاق؟

---

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل : ثبت.

(٢) وفى "ب" : شئت طلاقك أمضيت أقضيت لا تطلق.

(٣) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل وغيره : عن المتقدمين فيه شىء قال مشايخنا.

قال : تطلّق ثلاثًا ، قال : ولو كان قال لها : اينك يكى ، اينك دو ، اينك سه ، ولم يتلفّظ بالطلاق لاتطلّق . قال نجم الدين النسفى : جواب شيخ الإسلام فى المسألة الثانية كجوابه فى المسألة الأولى يعنى لا تطلّق ، وجواب القلانسى فى المسألة الأولى كجوابه فى المسألة الثانية يعنى تطلّق ، فشيخ الإسلام يقول : سمّى الضربة طلاقًا فيطلّق[1] ، والقلانسى يقول : تلفّظ بالطلاق فيقع .

٤٦٥٧- سئل الفقيه أبو جعفر عمن قال لامرأته : هزار طلاق بدامنت داخل كردم؟ قال : إن كان هذا فى مذاكرة الطلاق تطلق ثلاثًا ، وإن لم يكن فى مذاكرة الطلاق ، وأراد الطلاق فكذلك ، وإن لم يرد الطلاق فالقول قوله مع يمينه . إذا قال لها : طلاق تو بگوشه ٔ چادر تو بنديده است قومى والبسى الملحفة [قال][2] : لا يقع الطلاق عليها ، لا فى الحال ولا بعد ما لبست الملحفة . وكذا لو قال لها : طلاق تو بخوارستان برنهاده است ، فقد قيل بخلاف ما ذكرنا فى المسألتين جميعًا ، وهو الأظهر والأشبه ؛ لأن هذا يقتضى وجود الطلاق ، ورأيت فتوى نجم الدين رحمه الله فى قوله : سه طلاق تو بر كناره ٔ چادرت بستم[3] ، أنه يقع الطلاق . قال لها : داد طلاق[4] ، لا يقع إذا لم ينو ؛ لعدم الإضافة إليها ، وقد قيل : يقع من غير نيّة وهو الأشبه ؛ لأن قوله : داد فى العادة وقوله : خذ سواء ، ولو قال لها : خذى طلاقك ، يقع الطلاق من غير نيّة ، كذا هنا .

٤٦٥٨- سئل شمس الإسلام الأوزجندى عن امرأة قالت لزوجها : لو كان الطلاق بيدى لطلّقت نفسى ألف تطليقة ، فقال الزوج : من نيز هزار دادم ، أو لم يقل : هزار دادم ترا ، قال : يقع الطلاق ؛ لأن كلامه خرج جوابًا .

٤٦٥٩- امرأة قالت لزوجها : طلّقنى ثلاثًا ، فقال الزوج : اينك هزار ، لا تطلّق من غير نيّة ؛ لأن قوله اينك هزار ، كلام محتمل . لو قال : ان زن كه مرا بخانه است بسه طلاق ، وليست امرأته فى بيته وقت هذه المقالة ، تطلق امرأته ، إذ ليس المراد من البيت المذكور فى هذه الصورة حقيقة البيت ، إنما المراد بيت النكاح ، فكأنه قال : المرأة التى فى نكاحى طلاق . ولو قال : اين زن كه مرا باين خانه موجود است بسه طلاق ، وليست امرأته فى ذلك البيت وقت

(١) هكذا فى "ظ" ، وهو الصحيح ، وكان فى الأصل و "م" : فبطل .

(٢) أثبت من "ظ" .

(٣) وفى "م" : بربستم .

(٤) وفى "ب" : قال لها : دار طلاق ، ونوى الطلاق لا يقع . . . إلخ .

هذه المقالة ، لا تطلق امرأته ؛ لأنه المراد من اسم البيت عند تعيين البيت حقيقة البيت ، لا بيت النكاح .

٤٦٦٠- رجل طلّق امرأته فقيل له في ذلك ، فقال : داد مش هزار ديگر ، تطلق ثلاثًا من غير نيّة ؛ لأن لفظة "ديگر" يقتضي الزيادة على ما سمّى أولا وهو الطلاق ، فصار كأنه قال : داد مش هزار طلاق ديگر .

٤٦٦١- امرأة قالت لزوجها : من بر تو سه طلاق ام ، فقال الزوج : بيشى[1] ، أو قال : سه طلاق بيشى ، أو قال : سه مگوى صد گوى ، فهذا كله إقرار منه [بالطلاق][2] ، فيقع عليها ثلاث تطليقات .

٤٦٦٢- سئل الفقيه أبو بكر عمن قال لامرأته : هزار طلاق تو يكى كردم؟ [قال : يقع ثلاث تطليقات ، كأنه قال : طلّقتكِ ألفا بدفعة ، وكذلك إذا قال : هزار طلاق ترا يكى كنم][3] ونوى الطلاق ، تطلّق ثلاثًا ؛ لأنه يراد بمثل هذا الكلام الإيجاب ، وقيل في الصورة الأولى : ينوى الزوج ؛ لأنه يحتمل هزار طلاق ترا يكى كردم تا بيك بار بگفتم ، فيكون هذا وعدا في الإيقاع ، فينوى لهذا . وقيل في الصورة الثانية : لا تطلق وإن نوى ؛ لأن هذا وعد لا يحتمل الإيقاع في الحال .

٤٦٦٣- امرأة سألت من زوجها الطلاق ، فقال الزوج لها : أنتِ طالق خمس تطليقات ، فقالت المرأة : الثلاث يكفيني ، فقال الزوج : الثلاث لكِ ، والبواقي لصواحبك ، وله سواها امرأة أو امرأتان ، يقع على المخاطبة ثلاث تطليقات ، ولايقع على غيرها شيء ؛ لأن الزيادة على الثلاث لغو شرعًا ، فقد صرف إلى غير المخاطبة ما هو لغو شرعًا ، فلا يعتبر .

٤٦٦٤- إذا قال لها : قولي إنّي طالق ، فإن قالت ذلك طلّقت ، وإن لم تقل لاتطلّق ، بخلاف ما إذا قال لغيره : قل لامرأته إنها طالق ، أنها تطلّق حيث قال ذلك الرجل لها أو لم يقل ، وقد مرّ نظير هذا .

نوع آخر في الإيقاع طريق الإضمار وفي ترك الإضافة، وما يشبهها:

٤٦٦٥- إذا قال : أنتِ بثلاث ، وأضمر الطلاق فاعلم أنّ ههنا ثلاثة فصول : أحدها ، أن

(١) وفي "م" : نيستى .

(٢) هكذا في "ب" ، وكان في بقيتها : بالثلاث .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

يضمر بالطلاق والثلاث، وفى هذا الفصل لا يقع الطلاق. والثانى، أن يُظهر بالثلاث، ويضمر بالطلاق، وفى هذا الفصل يقع الثلاث، وإن أشكل أنه أتى بالوجه الأول أو بالوجه الثانى، يؤخذ بالأول حكما، وبالثانى تنزّها واحتياطًا. إذا قال لامرأته: تو يكى تو سه، أو قال لها: ترا يكى ترا سه، قال الشيخ أبو القاسم الصفار البلخى رحمه الله: لا يقع الطلاق، قال: لأن العربية لها إضمارات، فأما الفارسية فليس لها إضمارات. قال الصدر الشهيد: المختار عندى أنه إذا نوى يقع [الطلاق؛ لأن هذا ليس من باب الإضمار، بل هذا من باب تعيّن أحد محتملى اللفظ؛ لأن اسم الثلاث يقع على غير الطلاق وعلى الطلاق][1]، فإذا لم ينوِ الطلاق لم يتعيّن الطلاق مرادًا، وإذا نواه فيتعيّن. وفى فتاوى شمس الإسلام الأوزجندى ذكر مثل هذا فى التعليق، وصورته: اگر تو بكار آئى ترا يكى ودو وسه، فأجاب بأنه لا يقع الطلاق بدون النية. وفى "فتاوى النسفى": سئل عن رجل اتّهمته امرأته بشىء، وطلبت منه أن يحلف على ذلك بطلاقها، فحلف بهذا اللفظ: اگر فلان كار كرده ام تو سه؟ فأجاب أنها لا تطلّق.

٤٦٦٦- وفى "فتاوى الفضلى": إذا قال لها: أنتِ منى ثلاث، إن نوى الطلاق طلّقت؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، وإن قال: أنا لم أنو الطلاق لم يصدّق إذا كان الحال حال مذاكرة الطلاق. وفيه أيضًا: إذا قال لها: تو سه [ونوى الطلاق، قال: لا يقع الطلاق؛ لأنه أضمر الطلاق، وهو نظير قوله: أنت الثلاث ونوى الطلاق، وفيه أيضًا: إذا قال لها][2]: اگر تو فلان كار كنى تو بيك طلاق، ففعلت وقع الطلاق من غير نية الزوج؛ لأن معنى كلامه تو بيك طلاق هستى، ولو قال لها: تو سه بار اى دون، وكان ذلك فى حالة الغضب، فالقول قوله إن لم يرد الطلاق؛ لأن قوله: اى دون كما يحتمل الطلاق يحتمل اللعن وغيره، فلا يتعيّن الطلاق مرادًا إلا بالنية.

٤٦٦٧- قالت لزوجها: طلّقنى، فأشار إليها بثلاث أصابع، يريد بذلك ثلاث تطليقات، لا تطلّق ما لم يقل بلسانه؛ لأنه لو وقع وقع بالضمير، والطلاق لا يقع بالضمير.

٤٦٦٨- وفى "فتاوى أهل سمرقند": إذا قال لها: تو طلاق، يقع عليها طلقة؛ لأن معناه تو طلاق. وفى "فتاوى أبى الليث": قالت لزوجها: كيف لا تطلّقنى؟ فقال لها بالفارسية: تو خود را از سر تا پاى طلاق كردئى، قال: يُسأل الزوج عن مراده؛ لأنه أخبر عن

---

(١) أثبت من "ب" و "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الطلاق ، فيسأل عن مراده ، إذا قال لها في حالة الغضب : اگر تو زن منى سه طلاق ، لا يقع شيء ؛ لأنه حذف الباء ، فلم يكن مضيفا إليها ، فلايكون موجبًا ، وعلى هذا فصّل التعليق إذا قال : هر زنى كه بزنى كنم سه طلاق ، وتزوّج امرأة ، لا يقع الطلاق هو الصحيح .

٤٦٦٩- وسئل أبو نصر عن رجل سكران قال لامرأته : أتريدين أن أطلّقكِ؟ فقالت : نعم ، فقال بالفارسية : اگر تو زن منى يك طلاق ، ودو طلاق ، وسه طلاق ، قومى واخرجى من عندى ، وهو يزعم أنه لم يرد به الطلاق ، فالقول قوله ؛ قال الفقيه أبو الليث رحمه الله : لأنه لم يضف الطلاق إلى المرأة ، ولم يذكر الإيقاع[1] . قالت لزوجها : طلّقنى ، فقال الزوج : سه طلاق بردار وبرو ، إن نوى طلاقها يقع الطلاق [ولو قال : سه طلاق تو خود ، يقع الطلاق][2] من غير نيّة . قال لامرأته : أنت طالق واحدة ، فقالت المرأة : هزار ، فقال الزوج : هزار ، ينوى الزوج ، فإن لم يكن له نية لا يقع شيء في الحكم ؛ لأنه محتمل وإن كان إلى الوقوع أقرب .

٤٦٧٠- رجل اتّهم امرأته برجل ، ثم رأى ذلك الرجل في بيته ، فغضب وقال : زن غير را طلاق دادم ، قيل : يقع الطلاق إذا نوى ، وقيل بالوقوع من غير نيّة . رجل جمع أصدقاءه ، وأمر امرأته أن تتخذ لهم طعامًا ، ولم تفعل وذهبت عن بيت الزوج ، فقال الزوج : زنى كه دوست ودشمن مرا بنود از من بسه طلاق ، ذكر في "مجموع النوازل" أنه تطلّق امرأته . رجل قال لخَدَمه وهم يذكرون امرأته بسوء : چندان كرديد كه بسه طلاق كردندش ، أو قال : چندان كرديد كه سه طلاق كردندش ، يقع الطلاق عليها .

٤٦٧١- قال رجل : طلّقت امرأة ، أو قال : امرأة طالق ، ثم قال : لم أعن امرأتى ، يصدّق ، ولو قال : عمرة طالق ، وامرأته عمرة ، وقال : لم أعن امرأتى ، لم يصدّق قضاء ؛ لأن في الوجه الأول يعرف امرأته ، وفي الوجه الثانى عرفها بالاسم ، ذكره في فتاوى أهل سمرقند .

٤٦٧٢- وفي "النوازل" : رجل يريد الخروج إلى سفر ، فأخذته صهرته ، وقالت له : لا أدعكَ تخرج حتى تطلّق ابنتى ، فقال الزوج : دختر ترا بسه طلاق ، ثم قال : لم أنوِ امرأتى ، وإنما نويت بنتكِ التى ليست بامرأتى ، لا يصدّق قضاء ، ويصدّق ديانة .

٤٦٧٣- سئل نجم الدين النسفي عن رجل عادته إذا رأى صبيًا أن يقول له : أى ما

---

(١) وفي "م" : ولم ينوِ الإيقاع .

(٢) أثبت من "ب" و"م" .

درت[١] سه طلاق [فسكت][٢] فجاء ابنه فقال له : أى ما درت سه طلاق ، وهو لم يعرفه ، قال : تطلق امرأته ثلاثًا .

٤٦٧٤- إذا قال : بنت فلان طلاق ، نسب امرأته إلى أبيها أو لم يسمّها ، ونسبها إلى أمها ، أو إلى أختها ، أو ما أشبه ذلك ، ولم يذكر اسمها طلّقت امرأته إذا كانت كذلك . وعن أبى يوسف فيمن قال : عمرة بنت صبيح طالق ، وامرأته عمرة بنت حفص ، ولا نية له ، لم تطلّق امرأته ، فإن كان صبيح زوج أمها ، وكانت فى حجره ، وكانت تنسب إليه ، وإنما أبوها حفص ، وهو يعلم نسبها أو لا ، فقال مثل ما قلنا ولا نية له ، لم يدين فى القضاء ، ويقع الطلاق ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى إن كان يعرف نسبها لا يقع الطلاق ، وإن كان لا يعرف يقع الطلاق . وإن نوى فى هذه الوجوه امرأته ، تطلّق امرأته فى القضاء ، وفيما بينه وبين الله تعالى . وإن كان لا يريد اسم امرأته ، وإنما يريد الاسم الذى سمّى على النسب الذى أضافها إليه ، وهو يعرف نسبها لم تطلق فى القضاء ، ولا فيما بينه وبين الله تعالى .

٤٦٧٥- ولو قال : امرأته الحبشيّة طالق ، ولا نية له فى طلاق امرأته ، وامرأته ليست بحبشيّة ، لا يقع الطلاق عليها ، وعلى هذا امرأته الأسديّة وغلامه [السندى][٣] ، وعلى هذا إذا سماها بغير اسمها ، ولا نية له فى طلاق امرأته ، وإن نوى طلاق امرأته فى هذه الوجوه طلّقت امرأته . وإن سمّى امرأته باسمها واسم أبيها بأن قال : امرأتى عمرة بنت صبيح بن فلان ، أو قال : أمّ هذا الرجل التى فى وجهها الخال طالق ، طلّقت امرأته ، سواء كان فى وجهها الخال أو لم يكن ؛ لأنه وصفها باسمها ونسبها ، فتمّت المعرفة الشرعية ، فلا حاجة إلى ذكر شيء آخر ، ويجعل ذكر شيء آخر كعدمه .

٤٦٧٦- وفى "المنتقى" : رجل تزوّج امرأة فقالت : إنى أسماء بنت عبد الله القريشيّة ، والرجل لا يعرفها ، فقال الرجل بعد ما تزوّجها : كل امرأة لى طالق ، غير أسماء بنت عبد الله القريشيّة ، واسم هذه المرأة كان زينب النبطية ، فهى طالق فى القضاء ، ولا تطلّق فيما بينه وبين الله تعالى .

٤٦٧٧- وإذا قال : نساء أهل الدنيا طالق ، أو قال : نساء أهل الريّ وهو من أهل الرى ، أو قال : نساء أهل بغداد وهو من أهل بغداد ، لا تطلّق امرأته عند أبى يوسف رحمه الله تعالى

---

(١) لعله هو الصحيح ، وكان فى الأصل : ما ردت .

(٢) هكذا فى "ب" ، وكان فى الأصل : فسكر .

(٣) هكذا فى "ظ" ، وكان فى الأصل : لا السيد .

إلا أن ينويها ؛ قال : لأن هذا أمر عام .

وعن محمد روايتان : روى ابن سماعة عنه أنه تطلّق امرأته من غير نيّة ، وروى هشام عنه : أنه لا تطلّق امرأته [إلا أن ينوى . وذكر في "فتاوى أهل سمرقند" : أنّ في قوله : جميع نساء الدنيا طوالق ، جميع نساء أهل العالم طالق ، أنه تطلّق امرأته][1] من غير نيّة . ولو قال : نساء أهل هذه السكة طوالق ، وهو من أهل هذه السكة طلّقت امرأته ، وكذلك إذا قال : نساء أهل هذه الدار طوالق ، وهو من أهل هذه الدار طلّقت امرأته بلا خلاف ، ولو قال : نساء أهل هذه القرية طوالق ، فقد اختلف المشايخ فيه ، منهم من ألحقه بالبيت والسكة ، ومنهم من ألحقه بالمصر .

وجه عدم الوقوع في قوله : نساء أهل الريّ ، نساء أهل الدنيا ، أنه لو وقع الطلاق على امرأته ، إنما يقع إذا اعتبر هذا الكلام إنشاء في حق هذا القائل ، وإذا اعتبر إنشاء في حق [هذا القائل ، يعتبر إنشاء في حق الكل ، وتعذّر اعتباره إنشاء في حق][2] الكل ؛ لأنه إذا اعتبر إنشاء في حق الكل ، لا بدّ وأن يتوقّف على إجازتهم ، وإجازتهم وإجازة أهل الدنيا متعذّرة ، وخرج على هذا فصل السكة والقرية على قول بعض المشايخ رحمهم الله تعالى .

نوع آخر يتصل بهذا الفصل في الإيقاع والإضافة إلى بعض المرأة:

٤٦٧٨- إذا قال لامرأته : رأسك طالق ، فالأصل في جنس هذه المسائل : أنّ كل جزء يعبّر به عن جميع البدن نحو الرأس ، والرقبة ، والفرج ، والوجه ، يصح إضافة الطلاق إليه ، وكل جزء لايعبر به عن جميع البدن ، إن كان جزء لا يستمتع به نحو الدمع ، والريق ، والدم ، لا يصح إضافة الطلاق إليه بالاتفاق ، هكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه .

٤٦٧٩- وقال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى : ولو نوى جميع ما في بدنها من الدم ، ينبغي أن تطلّق ، وذكر الصدر الشهيد في أول باب الطلاق ، أنه إذا أضاف الطلاق إلى دمها ، ففيه روايتان : على رواية "كتاب العتاق" : لا تطلّق ، وعلى رواية "كتاب الكفالة" تطلّق ، وإن كان جزءً يستمتع به نحو اليد والرجل ، لا يصح إضافة الطلاق إليه عندنا .

---

(١) أثبت من "ظ" .

(٢) أثبت من "ظ" و"م" .

٤٦٨٠- قال شمس الأئمة الحلوانى : إذا قال لها : رأسك طالق ، وعنى به اقتصار الطلاق على رأس ، لا يبعد أن يقول : لا تطلّق ، ولو قال لها : يدكِ طالق ، وأراد به العبارة عن جميع البدن ، لايبعد أن تقول : إنها تطلّق . وفى "البقالى" : أنه لا يقع الطلاق بالإضافة إلى اليد وإن نوى .

٤٦٨١- وإذا قال لها : نصفكِ طالق، ذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه : أنه لايقع ، وذكر شمس الأئمة الحلوانى فى شرحه : أنه يقع ، وهكذا وقع فى بعض النسخ ، وإن قال : ظهرك طالق ، أو بطنك طالق ، ذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه : أنّ الأصح أن لا يقع ، واستدل بمسألة ذكرها فى "الأصل" إذا قال : ظهرك علىّ كظهر أمى ، أو قال : بطنكِ علىّ كبطن أمى ، أنه لا يصير مظاهراً . وذكر شمس الأئمة الحلوانى فى شرحه : أنّ الأشبه بمذهب أصحابنا أنه يقع[1] الطلاق ، قال : وهو نظير ما قال مشايخنا فيما إذا أضيف عقد النكاح إلى ظهر المرأة ، أو إلى بطنها : إنّ الأشبه بمذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى أنه ينعقد النكاح .

قال[2] القاضى الإمام ركن الإسلام على السغدى : كان الأصح أن يقع ، وإذا قال لها : دبركِ طالق ، فالمحفوظ عن أصحابنا أنها لا تطلّق ، بخلاف قوله : فرجكِ طالق ، وذكر فى "المنتقى" أنّ قوله : استك طالق [فالمحفوظ عن أصحابنا أنها طالق][3] فى الحكم ، بمنزلة قوله : فرجكِ طالق .

٤٦٨٢- ولو قال لها : نصفكِ الأعلى طالق واحدة ، ونصفك الأسفل طالق ثنتين ، فلا رواية فى هذه المسألة عن المتقدّمين وعن المتأخرين ، وقد صارت هذه المسألة واقعة ببخارى ، فأفتى بعض مشايخنا بوقوع الواحدة ، بالإضافة إلى النصف الأعلى ؛ [لأن الرأس فى النصف الأعلى ، فيصير مضيف الطلاق إلى رأسها][4] . وأفتى بعضهم بوقوع الثلاث بالإضافتين ؛ لأن الرأس فى النصف الأعلى ، والفرج فى النصف الأسفل ، فيصير مضيف الطلاق إلى رأسها بالإضافة إلى النصف الأعلى ، وإلى فرجها بالإضافة إلى النصف الأسفل .

---

(١) هكذا فى "ب" و "م" ، وكان فى الأصل و "ظ" : لا يقع .

(٢) وفى "ب" و "م" : ذكر .

(٣) أثبت من "ظ" .

(٤) هكذا فى "ب" .

نوع آخر فى تكرار الطلاق وإيقاع العدد فى المدخولة وغير المدخولة:

٤٦٨٣- امرأة قالت لزوجها : طلّقنى وطلّقنى وطلّقنى، فقال الزوج : قد طلّقتكِ، طلِّقت ثلاثًا نوى الزوج الثلاث أو لم ينوِ، ولو قالت بغير حرف الواو : طلّقنى طلّقنى طلّقنى، فقال الزوج : قد طلّقتكِ، فإن نوى الثلاث طلّقت ثلاثًا، وإن نوى واحدة أو لم ينوِ شيئًا يقع واحدة؛ لأنه بدون حرف الواو يحتمل تكرار الأول، ويحتمل الابتداء، فأى ذلك نوى الزوج صحّت نيّته، هكذا ذكر فى "عيون المسائل".

٤٦٨٤- وفى "المنتقى": إذا قالت : طلّقنى طلّقنى طلّقنى بدون حرف الواو، فقال الزوج : قد طلّقتكِ، أنه يقع ثلاث تطليقات، ولم يشترط نيّة الزوج الثلاث.

٤٦٨٥- امرأة قالت لزوجها : طلّقنى ثلاثًا، فقال الزوج : أنتِ طالق، أو قال : فأنتِ طالق يقع واحدة، هكذا روى ابن سماعة وهشام عن محمد رحمه الله تعالى [علّل محمد رحمه الله][1] فى رواية فقال : لأن هذا ليس بجواب، قال فى رواية هشام : وإن عنى الجواب فى قوله : أنت طالق، أستحسن أن أجعلها ثلاثًا، ولو كان قال : قد طلّقتكِ يقع الثلاث، وكذا لو قال : فعلت، وقيل : ينبغى أن يقع الثلاث فى الوجه الأول؛ لأنه أخرج الكلام مخرج الجواب، وإنه يصلح جوابًا، وسيأتى فى مسائل الخلع ما يدلّ على أنّ قوله : أنتِ طالق جواب.

وذكر البقالى فى فتاواه فى الوجه الأول : أنها تطلّق واحدة، إلا أن ينوى الثلاث فيصح استحسانًا، قال ثمه : روى أنها واحدة، يعنى مع نية الثلاث. وفى "المنتقى": امرأة قالت لزوجها : طلّقنى، فقال الزوج : قد فعلت طلِّقت، فإن قالت : زدنى، فقال : قد فعلت، طلِّقت أيضًا. إبراهيم عن محمد رحمه الله، قيل لرجل : أطلَّقت امرأتك ثلاثًا؟ قال : نعم واحدة، قال : القياس أن يقع عليها ثلاث تطليقات، ولكنا نستحسن ونجعلها واحدة. وفى "المنتقى": إذا قالت المرأة : طلّقنى ثلاثًا، فقال الزوج : قد أبَنتُكِ، فهذا جواب وهى ثلاث، وكذلك قوله : بائن.

٤٦٨٦- وفى "نوادر ابن سماعة": سئل أبو يوسف عمّن طلّق امرأته، فدخلت عليه أخت امرأته عاتبته، وقالت : طلّقت أختى فلانة تطليقتين، ولم تحفظ حق أبينا، فقال الزوج :

---

(١) هكذا فى "ب".

هذه ثالثة [أو قال : وهذه ثالثة][1]، لزمه الثلاث . وإن لم يذكر الطلاق في معاتبتها، وباقي المسألة بحالها، فقوله : هذه ثالثة ليس بشيء، إذا لم ينو به الطلاق . إذا قال لها قبل الدخول بها : أنت طالق ثلاثًا يقع الثلاث، وكذلك إذا قال لها : أنتِ طالق ثنتين يقع ثنتان . والوجه في ذلك : إنّ في هذه الصورة أول الكلام يتوقف على الآخر؛ لأن في آخر الكلام ما يغيّر حكم أوله، لأن قوله : أنتِ طالق، لا يحتمل العدد عندنا، وبهذا لا يصح نية العدد فيه، وإذا توقّف أول الكلام على آخره كان الوقوع عند آخره، فيصادفها آخر الكلام وهي منكوحة، بخلاف ما إذا كرّر لفظ الطلاق بحرف العطف، أو بغير حرف العطف، فقال لها : أنتِ طالق وطالق، أو [قال : فطالق، أو قال : ثم][2]، أو قال : أنت طالق طالق، حيث يقع واحدة؛ لأن هناك ليس في آخر كلامه ما يغيّر حكم أوله، فلم يتوقف أوله على آخره، فطلّقت بأول الكلام، وبانت لا إلى عدّة، فيصادفها الكلام الثاني وهي مبانة فلغى .

٤٦٨٧- وفي "فتاوى الفضلي" : إذا قال لها قبل الدخول بها : اگر تو زن مني بيك طلاق ودو طلاق دست بازداشته، يقع ثلاث تطليقات، ولو لم يقل : دست بازداشته يقع واحدة؛ لأن في الوجه الأول الكلام إنما يتم عند قوله : دست بازداشته، لأنه صار مغيّرا للأول فيتوقف، فيقع][3] الثلاث جملة، وفي الوجه الثاني أول كلامه تام، فبانت به لا إلى عدّة .

٤٦٨٨- قال لامرأته المدخول بها : يك طلاق دادمت، ودو طلاق دادمت، يقع عليه ثلاث تطليقات؛ لأن هذا في الفارسية عطف بمنزلة قوله : وثنتين في العربية، ولو قال : دو بغير حرف الواو، إن نوى العطف يقع الثلاث، وإن لم ينو العطف يقع واحدة . وإذا قال لها : ترا يك طلاق اگر چيز من كسى را دهي ودو وسه، قال شيخ الإسلام أبو الحسن : يقع الثلاث عند وجود الشرط؛ وقال الشيخ الإمام محمد بن علي القواس : يقع واحدة .

٤٦٨٩- قال لامرأته[4] ولم يدخل بها : أنتِ طالق طالق إن دخلت الدار بانت بالأولى، ولم يتعلق الثانية بالدخول، ولو كان معطوفًا، فقال : أنتِ طالق وطالق [إن دخلتِ

---

(١) أثبت من جميع النسخ التي اعتمدنا عليها .

(٢) هكذا في "ب" و"ف"، وكان في الأصل : فقال لها : أنتِ طالق، أو طالق فطالق، أو طالق، ثم طالق، أو قال : أنتِ طالق طالق . . . إلخ . وفي "ظ" : فقال لها : أنتِ طالق وطالق، أو طالق فطالق، أو طالق، ثم طالق . . . إلخ .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٤) هكذا في جميع النسخ : أي رجل قال لامرأته .

الدار، فطالق إن][1] دخلت الدار، تعلقًا جميعًا بالدخول؛ لأنه لما ذكر بحرف الواو، علم أنّ غرض الزوج من الأول التعليق، فالأول ناقض فى معنى التعليق، فيتوقّف أول الكلام على آخره، وتعلّق الكل بالشرط دفعة واحدة، وفيما إذا لم يذكر حرف العطف، لم يظهر أنّ غرض المتكلم من الأول التعليق، فيبقى الأول منجزا، فبانت بالأولى لا إلى عدة، ولغت الثانية؛ لأن تعليقها حصل فى غير الملك.

٤٦٩٠- إذا قال لها ولم يدخل بها: إن دخلت الدار فأنتِ طالق وطالق وطالق، فدخلت الدار يقع واحدة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يقع الثلاث. ولو قدّم الجزاء فقال: أنتِ طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار، فدخلت يقع الثلاث بلا خلاف، والمسألة معروفة.

٤٦٩١- ولو قال لها: أنتِ طالق، ثم طالق، ثم طالق إن دخلت الدار، فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى: يقع عليها واحدة للحال، وتبين بها، ويبطل ما بعد ذلك من الكلام، وعندهما: يتوقف الكل على وجود الشرط، فإذا[2] وجد الشرط يقع الثلاث، هكذا ذكر المسألة فى "النوازل"، وذكر القدورى: أنّ على قولهما إنما يقع الثلاث عند وجود الشرط إذا وجد الشرط بعد ما دخل الزوج بها، أما إذا وجد الشرط قبل أن يدخل الزوج بها، يقع واحدة وهو الأشبه.

وجه قولهما: أنّ كلمة "ثم" من حروف العطف كالواو والفاء، إلا أنه يقتضى العطف على التراخى، فلاقتضاءه العطف قلنا: يتعلّق الكل بالشرط، وباعتبار اقتضاءه التراخى قلنا: يتأخر الثانية والثالثة عن الأول وقوعًا. ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى: أنّ خاصيّة هذه الكلمة التراخى، وقد دخلت على اللفظ، فيجب إظهار التراخى فى نفس اللفظ، وذلك بأن يتراخى تعليق الثانى عن الأول، وعلى هذا الاعتبار يقع الفصل بين الأول والثانى، فصار كما إذا فصل بينهما بالسكوت، وهناك الجواب كما قلنا، فههنا كذلك. فالحاصل أنهما يظهران التراخى فى الوقوع دون التعليق، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى أظهر التراخى فى التعليق دون الوقوع.

٤٦٩٢- ولو قدم الشرط لقال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم طالق، ثم طالق [تعلّق][3] الأولى بالدخول، ووقعت الثانية، ولغت الثالثة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يتوقف الكل على وجود الشرط، وإذا وجد الشرط يقع واحدة، والكلام فى هذا

(١) أثبت من "ب" و "ظ".

(٢) وفى "ب" و "ظ" و "ف": إن.

(٣) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: تعاقب.

الفصل بناء على ما ذكرنا فى الفصل المتقدّم أنهما يظهران التراخى فى الوقوع، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يظهر التراخى فى التعليق.

٤٦٩٣- وفى "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال لامرأته: أنتِ طالق واحدة حتى تبينى بثلاث، وهو ينوى ثلاثًا طلّقت ثلاثًا، واحدة بعد الأخرى. ولو قال لها: أنتِ طالق واحدة حتى تبينى، فإن نوى بقوله: تبينى العدّة فهى واحدة، وإن نوى حتى تبينى بثلاث، فهى ثلاث فيما أظن [والشك][1] من هشام. وفى باب الضيف من "المنتقى": أنت طالق حتى تحرمى، حتى تبينى، لكى تبينى، لتبينى، أنها واحدة، ولو نوى[2] ثلاثًا فهى ثلاث. وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى إذا قال لها: أنتِ طالق، حتى تستكمل ثلاث تطليقات، أو [كى تستكمل ثلاث تطليقات، أو][3] قال: أنت طالق لتستكمل ثلاث تطليقات، فهى طالق ثلاثًا، ولا يدين فى القضاء على إبطال ذلك.

٤٦٩٤- ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لامرأته: أنتِ طالق وبائن، أو قال لها: أنتِ طالق ثم بائن، وقال: لم أنو بقولى: بائن شيئًا، فهى طالق تطليقة رجعيّة. ولو ذكر بحرف الفاء وباقى المسألة بحالها، فهى طالق تطليقة بائنة. وفى "المنتقى": إذا طلّق امرأته، ولم يدخل بها ثنتين، ثم قال: قد كنت طلّقتها واحدة قبل الثنتين، فإنى لا أبطل عنه الثنتين، وألزمته التى أقربها، ولا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره. إذا قال لامرأته ولم يدخل بها: أنتِ طالق واحدة قبل واحدة، وبعدها واحدة طلّقت واحدة، ولو قال قبلها واحدة، أو بعدها واحدة، أو مع واحدة، أو معها واحدة، وقعت ثنتان.

٤٦٩٥- والأصل فى تخريج هذه المسائل: أنّ كلمة "قبل" إذا دخلت على اسمين[4]، إن كانت مذكورة بحرف الهاء، كانت القبلية صفة للمذكور آخرًا، وإن كانت مذكورة بدون حرف الهاء، كانت القبلية صفة للمذكور أولا، يقول الرجل: جاءنى زيد [قبله][5] عمر، وكانت القبلية صفة لعمر، وتقول: جاءنى زيد قبل عمر، وكانت القبلية صفة لزيد، وكلمة

---

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى الأصل و"ب": وأشك، وفى "ف": فيما أظن الشك من هشام.

(٢) وفى "ف": إن نوى.

(٣) أثبت من النسخ التى عندنا.

(٤) وفى "ب" و"ف" و"م": إذا دخلت بين اثنين.

(٥) هكذا فى "ظ"، وكان فى الأصل: قبل عمرو.

"بعد" مقتضاها على ضد مقتضى قبل، وكلمة "مع" للقران ذكرت بالهاء، وبغير الهاء؛ فنقول في كلمة "مع": يستوى الجواب بين أن تكون مذكورة بالهاء أو بغير الهاء؛ لأن كلمة "مع" للقران، فاقتضى وقوع التطليقتين [معًا، ويستقيم إيقاع تطليقتين معًا][١] على غير المدخول بها، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال: معها واحدة يقع واحدة [والصواب ما ذكرنا][٢].

٤٦٩٦- وفي كلمة "قبل" و "بعد" يختلف الجواب بالذكر مع الهاء أو بغير الهاء، فإذا قال لها: أنتِ طالق واحدة قبل واحدة، فالقبليّة صفة للمذكور أولا، فسبق الأول في الوقوع، وبانت لا إلى عدة، فلا تقع الثانية، وإذا قال: قبلها واحدة، فالقبليّة صفة للمذكور آخرًا، وليس في وسعه تقديم الآخر على الأول، أما في وسعه القران، فثبت من قصده قدر ما كان في وسعه وهو القران فيقعان معًا. وإذا قال لها: أنتِ طالق [أنت طالق][٣]، واحدة بعدها واحدة [بعد واحدة][٤] فالبعديّة صفة للمذكور [أولا، فاقتضى وقوع الأول بعد الثاني، وليس في وسعه ذلك، أما في وسعه القران فيقعان معًا. وإذا قال: واحدة بعدها واحدة][٥] آخرًا، وهو ما كان موصوفًا بهذه الصفة من غير وصفه، فلم يزد ذلك إلا تأكيدًا، وبعد ما وقع الأول، لا يتصور وقوع الثاني قبل الدخول.

٤٦٩٧- وفي "المنتقى": وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى في رجل قال لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق واحدة بعدها واحدة إن دخلت الدار بانت بالأولى، ولم يلزمها اليمين؛ لأن هذا منقطع، ولو قال لها: أنت طالق واحدة قبل واحدة إن دخلت الدار لم تطلّق حتى تدخل، فإذا دخلت الدار طلّقت واحدة، ولو قال لها: أنت طالق واحدة قبلها واحدة، أو مع واحدة، أو معها واحدة [أو قبلها واحدة][٦] إن دخلت الدار لم تطلّق حتى تدخل، فإذا دخلت يقع عليها ثنتان. ولو قال لها: أنتِ طالق واحدة بعدها أخرى إن دخلت الدار، لم تطلّق حتى تدخل، وإذا دخلت وقع عليها ثنتان، وهذا وقوله واحدة وواحدة سواء.

---

(١) هكذا في "ف" و "م".

(٢) هكذا في "ب" و "ف" و "م"، وكان في الأصل و "ظ": ونتفاوت ما ذكر في قبل وبعد. . . إلخ.

(٣) أثبت من "ظ".

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٥) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

(٦) هكذا في "ظ".

٤٦٩٨- ولو قال لها ولم يدخل بها : أنتِ طالق إحدى وعشرين ، يقع الثلاث عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى خلافًا لزفر ، ولو قال : أحد عشر ، يقع الثلاث فى قولهم ، والوجه لعلمائنا الثلاثة : أنّ قوله : إحدى وعشرين كلام واحد كقوله : أحد عشر ، فلا يحكم بأوله قبل آخره ، حتى يقال : تبين بواحدة بأول الكلام ، فصادفها[1] العدد الآخر وهى مبانة ، وإنما قلنا : إنه كلام واحد ، فإنّ من أراد أن يعبّر عن واحدة وعشرين ، لا يمكنه أن يعبّر عنها بعبارة أو جزء من هذا فى عرف الاستعمال ، فيجعل كلامًا واحدًا ؛ لأن الأصل أن يكون لكل شيء عبارة بكلمة واحدة .

٤٦٩٩- ولو قال : واحدة وعشرا ، يقع واحدة ؛ لأنه يمكنه أن يأتى باللفظ المعتاد ، وبعبارة أخرى أو جزء من هذا ، وجعل العددين شيئًا واحدًا يكون بطريق الضرورة ، والضرورة تندفع بالمعتاد ، وبقى ما وراء المعتاد مردودا إلى أصل القياس ، وهما عددان فى الحقيقة .

٤٧٠٠- ولو قال : واحدة ومائة [أو واحدة][2] وزلفًا ، كانت واحدة فى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : يقع الثلاث . ولو قال : واحدة ونصفًا ، يقع عليها ثنتان ، ولو قال : نصف واحدة ، وقعت واحدة عند محمد رحمه الله تعالى خلافًا لأبى يوسف .

٤٧٠١- ابن سماعة فى "نوادره" : عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : رجل له امرأتان لم يدخل بهما ، فقال : امرأتى طالق ، امرأتى طالق ، ثم قال : أردت واحدة منهما ، لا أصدّقه وأبينهما منه ، وكذلك لو قال : امرأتى طالق ، وامرأتى طالق ، ولو كان قد دخل بهما ، وباقى المسألة بحالها ، فله أن يوقع الطلاقين على إحداهما .

نوع آخر فى إيقاع الطلاق بعدد ما له عدد ، وما لا عدد له وفى تشبيه الواقع بما له عدد ، وما لا عدد له :

٤٧٠٢- إذا قال لها : أنتِ طالق مثل عدد كذا ، لشيء لا عدد له كالشمس والقمر ، وما أشبه ذلك ، فهى واحدة بائنة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى : يقع واحدة رجعيّة ؛ لأنه لما شبّهه بعدد ما لا عدد له ، لغى ذكر العدد ، وبقى قوله : أنتِ

(١) وفى "ف" و "م" : فيصادفها .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

طالق، والواقع به واحدة رجعيّة، ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه وصف الطلاق بضرب من الزيادة بشىء، فلأن تعذّر إظهار الزيادة من حيث العدد، وأمكن اعتبارها[١] من حيث وصف البينونة، فيجب إظهارها. وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى رواية أخرى: أنه يقع واحدة بائنة كما هو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، ولو قال لها: أنتِ طالق عدد شعر بطن كفى، فهى طلقة واحدة؛ لأنه لا شعر على بطن كفيه، فلا يكون بذكر عدده موقعًا العدد، وكذلك إذا قال: عدد ما فى يدى من الدراهم، وليس فى يده شىء، يقع طلقة واحدة، وكذلك إذا قال: عدد ما فى هذا الحوض من السمك، وليس فى الحوض سمك، وكذا إذا قال: عدد[٢] كل شعرة على جسد إبليس، يقع واحدة حتى يعلم هل على جسد إبليس شعر؟

٤٧٠٣- ولو قال: أنت طالق عدد شعر رأسى، أو عدد شعر ظهر كفى، وقد كان حلق ظهر كفه، أو رأسه قبل هذه المقالة، طلّقت ثلاثًا؛ لأنه يشبه الواقع بعدد شعر الرأس، وبعدد شعر ظهر الكف، وشعر ظهر الكف وشعر الرأس ذو عدد فى نفسه، وإن لم يكن موجودًا فى الحال، فيصير موقعًا العدد، بخلاف ما لو قال: عدد ما على رأسى من الشعر، أو عدد ما على ظهر كفى من الشعر؛ لأن هناك شبّه الطلاق بالعدد الموجود، حيث قال: عدد ما على ظهر كفى من الشعر، فإذا لم يكن موجودا لغى ذكر العدد. ولو قال لها: أنتِ طالق كعدد النجوم، أو مثل عدد النجوم، أو كالنجوم، أو كالرمل، فهى واحدة بائنة، كذا رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى، وفى رواية أخرى عنه: أنها واحدة رجعيّة، ولو قال: عدد النجوم، فهى ثلاث.

٤٧٠٤- وفى "الجامع الصغير": إذا قال لها: أنت طالق كألف، فهى واحدة [بائنة إلا أن ينوى ثلاثًا؛ لأن الشىء قد شبه بألف بزيادة قوة فيه، كما فى قوله: ربما كان واحد بعدد الألف زائدا، وقوة الطلاق بالبينونة، فهذا][٣]، يقتضى وقوع واحدة بائنة، وقد يشبه به لكثرته، وهذا يقتضى وقوع الطلاق الثلاث؛ [لأن الثلاث كثير][٤]، إلا أنّ الواحدة أولى، فعند الإطلاق يقع واحدة، وإذا نوى الثلاث صحّت نيّته.

٤٧٠٥- وفى "القدورى": إذا قال لها: أنتِ طالق كألف، إن نوى ثلاثًا فثلاث، وإن

(١) وفى "ب" و"ف" و"م": إظهارها.

(٢) وفى "ب" و"ف" و"م": بعدد.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) أثبت من "ب" و"م".

نوى واحدة، أو لم يكن له نيّة، فهى واحدة بائنة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى الآخر، وقال محمد رحمه الله تعالى: هى ثلاث، ولا يدين فى الحكم. وتبيّن بما ذكر القدورى أنّ المذكور فى "الجامع الصغير" قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى.

وجه قول محمد على ما ذكره القدورى: أنّ هذا تشبيه من حيث العدد؛ لأن الألف عدد، فاقتضى التشبيه [من حيث العدد][1] بعدده، كما لو قال: أنتِ طالق كعدد ألف، بخلاف ما لو قال: أنتِ طالق واحدة كألف؛ لأنه لما صرّح بالواحدة علمنا أنه أراد به التشبيه فى الشدّة والقوّة دون العدد، فيقع واحدة بهذا، ولا يقع الثلاث وإن نوى؛ لأن الواحدة لا تحتمل العدد، ومن نوى من لا يحتمله لفظه، لايعمل نيّته. ولو قال: أنتِ طالق كعدد ألف أو ثلاث، فهى ثلاث فى القضاء، ذكره القدورى أيضًا؛ لأنه لما صرّح بالتشبيه من حيث العدد، فلم يبق لاحتمال التشبيه من حيث القوة عبرة.

٤٧٠٦- وإذا قال لها: أنتِ طالق مثل عظم رأس الإبرة، أو قال: مثل الجبل، أو قال: مثل حبّة الخردل، فالأصل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى جنس هذه المسائل: أنه إذا شبّه الطلاق بشىء عظيم أو صغير يقع بائنا، أى شىء كان المشبّه به، سواء كان ذكر العظم أو لم يذكر. والأصل عند زفر رحمه الله تعالى: أنه متى شبّه الطلاق بشىء عظيم يكون بائنًا، ومتى شبّهه بشىء صغير حقير يكون رجعيّا، ذكر العظم أو لم يذكر. والأصل عند أبى يوسف ومحمد: أنه متى ذكر العظم باللفظ، وشبّهه بشىء عظيم أو شىء صغير حقير، إن كان له حدة يكون بائنًا، وإن لم يكن له حدة يكون رجعيّا. يكون بيانه فى مسائل:

٤٧٠٧- إذا قال لها: أنت طالق عظم السمسم، أو عظم الخردل، فعند أبى يوسف ومحمد: يقع تطليقة بائنة، باعتبار العظم ذكرًا، وعند زفر رحمه الله: يقع واحدة رجعية فى المسألتين، اعتبارًا لصغر المسمّى. ولو قال: مثل رأس الإبرة، يقع واحدة بائنة عندهما؛ لأن له حدة، ولو قال: مثل السمسمة، يقع واحدة رجعيّة؛ لأنه ليس له حدة، وأنه صغير، وعند زفر يقع واحدة رجعيّة فى المسألتين جميعًا، اعتبارًا لصغر المسمّى. ولو قال: مثل الأساطين، أو التراب، أو الجبال، عند أبى يوسف ومحمد: يقع تطليقة رجعيّة، وعند زفر يقع واحدة بائنة، وعند أبى حنيفة: يقع تطليقة بائنة فى هذه الفصول كلها؛ للأصل الذى مرّ، وذكر بعض مشايخنا قول محمد رحمه الله مع قول أبى يوسف على نحو ما بيّنا، وذكر بعضهم قول محمد

(١) أثبت من "ب" و "ف".

مع قول أبي حنيفة .

٤٧٠٨- وإذا قال لها : أنت طالق مثل سبخة دانق ، وفارسيّته دانك سنگى ترا طلاق ، يقع واحدة ؛ لأن سبخة دانق واحدة ، فقد شبّه الواقع بالواحدة ، فتقع واحدة . ولو قال : مثل سبخة دانق ونصف ، وفارسيّته دانك ونيم سنگ ، يقع ثنتان ؛ لأن سبخة دانق ونصف سبختان من حيث العدد ، فقد شبّه الواقع بعددين فيقع ثنتان [فلو قال : نيم درنگ سنگ ، فتقع واحدة][1] ؛ لأن سبخة نصف درهم في العرف واحدة . ولو قال : چهار درم سنگ ، يقع تطليقتان ؛ لأن له سبختين في العرف ، ولو قال : چهار دانك ونيم سنگ ، فيقع ثلاث تطليقات ؛ لأن چهار دانك ونيم سنگ يقدر بثلاث سبخات في العرف ، فقد شبّه الواقع بالثلاث [ولو قال : چهار دانگ سنگ ، يقع تطليقتان[2] ؛ لأن له سبختين في العرف][3] ، والحاصل أن التعويل على عدد السبخات المتعارف فيما بين الناس .

٤٧٠٩- ولو قال لها : أنتِ طالق هكذا ، وأشار بإصبع واحدة ، إن أشار بثنتين ، فهي ثنتان ، وإن أشار بثلاث فهي ثلاث ؛ لأن الإشارة بالأصابع بمنزلة التصريح بالعدد ، وإن أشار بثلاث أصابع ، وقال : عنيت بهذه الإشارة التشبيه بالكف دون الأصابع ، لا يصدّق قضاء ؛ لأنه خلاف الظاهر ، لأن الظاهر فيما بين الناس أنهم يريدون الإشارة ببعض الأصابع ، التشبيه بالأصابع دون الكف .

٤٧١٠- ومن المتأخرين من قال : إذا جعل ظهر الكف إليها ، والأصابع إلى نفسه ، صدّق قضاء ، وإن قال : عنيت اثنتين بالإصبعين اللتين عقدتهما ، لا يصدّق في القضاء ، ويقع ثلاث تطليقات ؛ لأنه نوى خلاف الظاهر ، والظاهر فيما بين الناس أنهم يريدون الإشارة بالأصابع المنشورة دون المعقودة .

وبعض مشايخ بلخ قالوا : إنما لا يصدّق قضاء إذا كانت الأصابع كلها معقودة قبل الإشارة ، فنصب ثلاثًا منها ، وقال : أنتِ طالق هكذا وقال : عنيت به الأصابع المعقودة ، أما إذا كانت الأصابع كلها منشورة ، عقد ثنتين منها وقال : أنتِ طالق هكذا ، وقال : عنيت به الأصابع المعقودة ، يصدّق قضاء ؛ لأنه ادّعى المعتاد فيما بين الناس ، أنهم يريدون الإشارة بما أحدثوا فيه الحركة ، وإذا كانت الأصابع كلها منشورة ، عقد اثنتين منها ، فإنما أحدث الحركة في

(١) أثبت من "ب" و"ف".

(٢) وفي "ف": تطليقات.

(٣) أثبت من "ب" و"ف".

المعقودة، فكان مدّعيًا ما هو المعتاد، فيصدّق قضاء، لكن هذا خلاف رواية محمد رحمه الله تعالى فقد قال محمد في "الأصل": إذا قال: عنيت اثنتين بالإصبعين اللتين عقدتهما، لا يصدّقه القاضي، وقوله: عقدت يقتضي أنها كانت منصوبة من قبل، وإن أشار بالأصابع كلها وقال: أنتِ طالق، ولم يقل: هكذا، يقع واحدة؛ لأن الإشارة بالأصابع محتملة [بين أن يكون تشبيه الواقع بها، وبين][1] أن يكون للكناية عن المرأة تأكيدا لقوله: أنتِ، فيقع الشك في وقوع ما زاد على الواحدة، بخلاف ما إذا قال: هكذا؛ لأنه إذا قال: هكذا، فقد نص [على التشبيه، والظاهر تشبيه][2] الطلاق بها دون المرأة؛ لأن الطلاق متعدّد بنفسه دون المرأة.

٤٧١١- ولو قال لها: أنتِ طالق من هنا إلى الشام، فهي واحدة رجعيّة؛ لأنه وصفها [بالقصر، لأن الطلاق إذا وقع يقع في جميع الدنيا، فإذا قال: إلى الشام، فقد وصفه][3] بالقصر، وقصره يكون من حيث الحكم هو الرجعي. إذا قال لها: أنتِ طالق ملأ الدار وملاء الجبّ، فإن نوى ثلاثًا فثلاث[4]، وإن نوى واحدة أو ثنتين، أو لم تكن له نيّة، فهي واحدة بائنة؛ لأن الظرف قد يمتلئ من الشيء لضخامته وغلظته، وقد يمتلئ منه لكثرته، ونفس الطلاق لا يوصف بالغلظ، فأما حكمه يوصف بالغلظ وهو البينونة، فإذا لم ينو شيئًا تقع واحدة بائنة؛ لأنه أدنى، وإذا نوى الثلاث تصح نيّته؛ لأن اللفظ يحتمله. ولو[5] قال لها: أنتِ طالق واحدة مثل[6] الدار، أو قال: بمثل الدار[7]، فهي واحدة بائنة؛ لأنه أدنى، وإذا نوى الثلاث تصحّ نيّته، لما نص على الواحدة، ووصفها بمثل[8] الدار علمنا أنه أراد به مثل ملأ الدار من حيث الضخامة والغلظ.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبت من "ب" و"ف".

(٣) أثبت من "م".

(٤) وفي "م": فهي ثلاث.

(٥) وفي "ب" و"ف" و"م": وإذا قال.

(٦) وفي "ب" و"ف" و"م": ملأ الدار.

(٧) وفي "ب" و"ف" و"م": بملأ الدار.

(٨) وفي "ب" و"ف" و"م": بملأ الدار.

٤٧١٢- ولو[1] قال لها: أنت طالق لونين من الطلاق، فهما تطليقتان يملك الرجعة، ولو قال: ثلاثة ألوان فهي ثلاث، وكذا إذا قال: ألوانًا من الطلاق، فهي طالق ثلاثًا، وإن قال: نويت ألوان الحمرة والصفرة، فإنه يُدين فيما بينه وبين الله تعالى، وكذلك إذا قال: ضروبًا، أو أنواعًا، أو وجوها من الطلاق.

٤٧١٣- وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنت طالق واحدة يكون ثلاثًا، أو يصير ثلاثًا، أو يعود ثلاثًا فهو ثلاث، وكذا إذا قال: يتم ثلاثًا. ولو قال لها: أنتِ طالق تمام ثلاث، أو ثالث[2] ثلاث، فهي ثلاث. ولو قال: أنت طالق آخر ثلاث تطليقات [فهي واحدة، ولو قال: طلّقتكِ آخر ثلاث تطليقات][3]- طلّقت ثلاثًا.

٤٧١٤- إذا قال لها: ترا بسيار طلاق، ولا نية له يقع تطليقتان[4]؛ لأن الشيء إذا ضمّ إلى الشيء يصير كثيرًا، وللكثير أكثر، فأكثر كثير الطلاق الثلاث، والكثير ثنتان، هكذا ذكر في "فتاوى أهل سمرقند".

٤٧١٥- في "البقالي": إذا قال لها: أنت طالق عامة الطلاق، أو قال: جلّ الطلاق فثنتان، ولو قال: أكثر الطلاق فهي ثلاث، ولو قال[5]: كل الطلاق فهي واحدة، ولو قال: كثير الطلاق فهو ثنتان، ولو قال: أنت طالق الطلاق كله فهي ثلاث، وكذلك إذا قال: كل طلقة. ولو قال عددًا من الطلاق، فهو ثنتان. وكذلك إذا قال: عدد الطلاق. ولو قال: عدّة الطلاق، فهو ثلاث. ولو قال: أنتِ طالق وأخرى، فهي واحدة. ولو قال: أنت طالق واحدة وأخرى، فهي ثنتان. ولو قال: أنتِ طالق غير واحدة، فهي ثنتان. ولو قال: غير ثنتين، فهي ثلاث. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في قوله: أنتِ طالق غير واحدة، أنها واحدة إلا أن ينوي.

٤٧١٦- ولو قال لها: أنتِ طالق، لا قليل ولا كثير، حكى عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل: أنه يقع واحدة، قال: لأن الطلاق لا يوصف بالقلّة والكثرة، فلغى ذكر

---

(١) وفي "ب" و"ف" و"م": إذا.

(٢) وفي "م": ثالث فقط.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) وفي "ظ" و"ف": تطليقات، ولكن الصحيح ما هو في المتن.

(٥) وفي "م": ولو قال لها.

القلّة والكثرة، وبقي قوله : أنتِ طالق، وهكذا حكى عن الفقيه أبي بكر البلخي رحمه الله تعالى. واختيار الصدر الشهيد على أنه يقع الثلاث؛ لأنه [لما][1] قال أولا : لا قليل[2]، فقد قصد إيقاع الثلاث؛ لأن الثلاث هو الكثير، فلا يعمل بعد ذلك قوله : ولا كثير [فعلى هذا لو قال : لا كثير][3] ولا قليل، يقع واحدة. وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني : أنه يقع ثنتان. وهو الأشبه؛ لأن الثنتين كثير على ما ذكرنا، فإذا قال : لا قليل، فقد قصد إيقاع الثنتين، فلا يعمل بعد ذلك قوله : ولا كثير.

نوع آخر في إلحاق العدد بالإيقاع، وفيه نيّة العدد:

٤٧١٧- إذا قال لها : أنتِ طالق فسكت، ثم قال : ثلاثًا، فإن كان سكوته لانقطاع النفس، وقع الثلاث؛ لأن الفصل هنا غير معتبر، وإن كان سكوته لا لانقطاع النفس، لا يقع إلا واحدة؛ لأن الفصل هنا معتبر [هكذا][4] ذكر في "النوازل". ولو قال لها : [أنت طالق، فقيل له بعد ما سكت : كم؟ قال ثلاثًا، قال أبو يوسف رحمه الله : كانت طالقًا ثلاثًا، هكذا ذكر في "العيون"، فيحتمل هذا أن يكون قول أبي يوسف][5] خاصة، بناء على ما روى عنه أنّ من قال لامرأته : أنت طالق، ونوى الثلاث أنه يصح، ويحتمل أنّ هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضًا، بناء على أنّ من طلّق امرأته واحدة، ثم قال : جعلتها ثلاثًا يصح عنده، قال الصدر الشهيد : وهو الظاهر.

٤٧١٨- رجل قال لامرأته : ترا طلاق، أو قال : دادمت طلاق، ونوى الثلاث يصح، ويقع الثلاث، بخلاف قوله : أنتِ[6] طالق، ونوى الثلاث؛ لأن قوله[7] : طالق نعت فرد، ونعت الفرد لا يحتمل العدد، فأما الطلاق مصدر، والمصادر أسماء الأجناس، واسم الجنس

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل : ربما.

(٢) هكذا في النسخ الموجودة عندنا، وكان في الأصل : لا قليل ولا كثير.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل : كذا.

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٦) وفي "م" : بخلاف ما إذا قال لها : أنتِ طالق، ونوى الثلاث؛ لأن قوله : طالق بغير الفرد. . . إلخ.

(٧) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل : أنتِ طالق.

يتناول الأدنى، ويحتمل الكل، فعند انعدام النيّة فينصرف إلى الواحدة، وإذا نوى الثلاث، فقد نوى ما يحتمله لفظه.

٤٧١٩- وفي "الأصل": إذا قال لها: أنتِ طالق[١]، يقع واحدة وإن نوى الثلاث، ولو قال: أنت الطلاق، ونوى الثلاث يقع الثلاث، ولو قال: أنت طالق الطلاق كله، يقع الثلاث وإن لم ينو الثلاث. ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: يشترط نيّة الثلاث لوقوع الثلاث [ولو قال: أنتِ طالق للطلاق كله، يقع الثلاث، وإن لم ينوِ الثلاث][٢]، وهو قول عيسى بن أبان، ولو قال: أنتِ طالق طلاقًا، ولا نية له وقعت واحدة، وإن نوى ثلاثًا صحّت نيّته، ولو نوى ثنتين لاتصح، وإذا قال لها: طلّقي نفسكِ، ونوى الثلاث صحّت نيّته [ولو نوى ثنتين لا تصح][٣]، حتى لو طلّقت نفسها ثلاثًا، يقع الثلاث؛ لأن معنى كلامه افعلي فعل الطلاق، أوقعي الطلاق على نفسك، كما أنّ معنى قوله: اضرب، افعل فعل الضرب، والطلاق مصدر، والتقدير ما ذكرنا.

٤٧٢٠- ولو قال: أنت طالق طلاقًا، ولا نية له وقعت واحدة، وإن نوى ثلاثًا صحّت نيّته، ولو نوى ثنتين لا تصحّ؛ لأن المصدر يحتمل الكل، أما لا يحتمل العدد، والثنتان عدد فلم يصح نيّته الثنتين في الطلاق، وصحّت نيّة الثلاث فيه لهذا. ولو نوى بقوله: أنتِ طالق واحدة، وبقوله: طلاقًا أخرى، تصح نيّته، وتقع ثنتان، هكذا ذكر القدوري في "كتابه"، فيصير تقدير المسألة: أنت طالق [أنت طالق][٤] طلاقًا.

نوع آخر في إيقاع بعض التطليقة:

٤٧٢١- إذا قال لامرأته: أنتِ طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين، يقع عليها ثلاث تطليقات، هكذا ذكر في "الجامع الصغير".

٤٧٢٢- واعلم بأنّ من هذا الجنس مسائل: إحداها: إذا قال: أنتِ طالق نصفي تطليقة، يقع طلقة واحدة؛ لأن نصفي تطليقة تكون تطليقة واحدة، كنصفي درهم يكون درهمًا واحدًا.

---

(١) وفي "ب" و"ف" و"م": قال لها: أنتِ طالق، فلا يقع إلا واحدة.

(٢) هكذا في "م".

(٣) أثبت من "ظ".

(٤) هكذا في "ب" و"ظ".

٤٧٢٣ - الثانية : إذا قال لها : أنتِ طالق [ثلاثة أنصاف تطليقة، يقع تطليقتان ؛ لأن ثلاثة أنصاف تطليقة، تطليقة ونصف، فيصير كأنه قال لها : أنت طالق][1] تطليقة ونصف .

٤٧٢٤ - الثالثة : أن يقول : أنتِ طالق أربعة أنصاف تطليقة، يقع تطليقتان ؛ لأن أربعة أنصاف تطليقة تطليقتان، كما أنّ أربعة أنصاف درهم درهمان، فصار كأنه قال : أنت طالق تطليقتين .

٤٧٢٥ - الرابعة : أن يقول لها : أنتِ طالق نصف تطليقتين، فهي واحدة ؛ لأن نصف تطليقتين تطليقة، فصار كأنه قال لها : أنتِ طالق تطليقة .

٤٧٢٦ - الخامسة : أن يقول لها : أنتِ طالق نصفي تطليقتين، تقع تطليقتان ؛ [لأن نصفي تطليقة تطليقة، فيكون نصفي تطليقتين تطليقتان، وكأنه قال : أنت طالق تطليقتان][2] .

٤٧٢٧ - السادسة : إذا قال لها : أنتِ طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين، وهي مسألة "الجامع الصغير"، والجواب فيها ما ذكرنا أنه يقع ثلاث تطليقات ؛ لأن التطليقتين نصف، وهو تطليقة، فثلاث أنصاف تطليقتين، يكون ثلاث تطليقات ضرورة .

٤٧٢٨ - السابعة : إذا قال لها : أنت طالق نصف ثلاث تطليقات [تقع تطليقتان ؛ لأن نصف الثلاث تطليقة ونصف، فكأنه قال لها : أنتِ طالق تطليقة ونصفًا .

٤٧٢٩ - الثامنة : إذا قال لها : أنتِ طالق نصفي ثلاث تطليقات][3]، طلّقت ثلاثًا ؛ لأن الثلاث تطليقات نصف، وذلك طلقة ونصف، وطلقة ونصف مرّتين يكون ثلاث تطليقات .

٤٧٣٠ - وإذا قال لها : أنتِ طالق نصف تطليقة، وثلث تطليقة، وسدس تطليقة، يقع ثلاث تطليقات ؛ لأن النكرة إذا كرّرت كانت الثانية غير الأولى، فيصير موقعًا ثلث تطليقة أخرى، وسدس تطليقة أخرى . ولو قال : نصف تطليقة، وثلثها، وسدسها، يقع واحدة ؛ لأنه أضاف النصف والثلث والسدس إلى الواحدة الموقعة، والواحدة الموقعة وقعت بجميع أجزاءها، فلايتصوّر إيقاع شيء منها مرة أخرى، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرحه [وبه كان يفتي ظهير الدين المرغيناني][4] .

٤٧٣١ - وذكر الصدر الشهيد في "واقعاته" : إذا قال لها : أنتِ طالق نصف تطليقة،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) أثبت من "ب" و"م" و"ف" .

(٣) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها .

(٤) أثبت من "ب" و"م" و"ف" .

وثلث تطليقة، وربع تطليقة، يقع ثنتان، هو المختار؛ لأنه متى جمع هذه الأجزاء، يزداد العدد على الواحدة، فعلى قياس ما ذكر الصدر الشهيد رحمه الله: ينبغي في قوله: أنتِ طالق نصف تطليقة، وثلث تطليقة، وسدس تطليقة، أن يقع تطليقة واحدة؛ لأنه متى جمع بين هذه الأجزاء لا يزداد على الواحدة. ولو قال: نصف تطليقة، وثلثها، وربعها، وقعت ثنتان، هكذا روى الحسن ابن زياد؛ لأنه زاد على أجزاء الواحدة، فلا بدّ أن تكون الزيادة من طلقة أخرى. بعض مشايخنا قالوا: يقع واحدة، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي.

٤٧٣٢- ولو قال لها: أنتِ طالق واحدة ونصف، أو قال: واحدة وربع وما أشبه ذلك، يقع ثنتان، ولو قال: واحدة ونصفها، أو قال: واحدة وربعها، يقع واحدة. والفرق أنّ في المسألة الأولى ذكر نصفًا مطلقًا، وربعًا مطلقًا، فاقتضى ذلك تطليقة ثانية، وفي المسألة الثانية ذكر النصف والربع مضافًا إلى الواحدة الموقعة، لكون الهاء كناية عن المذكور أولا، وقد وقعت الأولى بجملتها، فلايتصور إيقاعها ثانيًا.

٤٧٣٣- وذكر القدوري في شرحه: إذا قال الرجل لأربع نسوة له: بينكنّ تطليقة، طلّقت كل واحدة واحدة؛ لأن كلمة "بين" كلمة تقسيم وتشريك، فتصير الطلقة مقسومة فيهنّ، فيصيب كل واحدة ربع طلقة، وإيقاع بعض التطليقة إيقاع الكل، وكذا إذا قال: بينكنّ تطليقتان، أو ثلاثًا، أو أربعًا.

٤٧٣٤- وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف: لو قال لامرأتين له: جعلت بينكما تطليقتين، أو قسّمت بينكما تطليقتين، تطلّق كل واحدة ثنتين، فكأنه مال إلى أنّ كل تطليقة تقسم بينهما على حدة، وعلى قياس هذا ينبغي أن يقع على كل واحدة ثلاث تطليقات في قوله: ثلاثًا، أو أربعًا، وهو قول زفر.

٤٧٣٥- ولكنا نقول: الأصل في العدد المتقارب قسمة الجملة، والطلاق من جملة الأعداد المتقاربة، ولو قال: بينكنّ خمس تطليقات، طلّقت كل واحدة ثنتين؛ لأن الخمس إذا قسّم بين الأربع، يصيب كل واحدة تطليقة وربع، فيتكامل الربع، فيصير الربع تطليقتين، وكذلك الجواب فيما زاد على الخمس إلى الثمانية، وعلى قياس قول أبي يوسف: يقع على كل واحدة ثلاث تطليقات، ولو قال: بينكنّ تسع تطليقات، يقع على كل واحدة ثلاث تطليقات؛ لأنه يصيب[1] كل واحدة تطليقتان وربع.

---

(١) وفي "ظ" و"ف" و"م": نصيب.

الفصل الخامس فى الكنايات

٤٧٣٦- هذا الفصل يشتمل على أنواع : نوع منه : فى قوله : أنتِ علىّ حرام، وما يتصل به . إذا قال لامرأته : أنتِ علىّ حرام، فإنه يسأل عن نيّته، فإن نوى الطلاق يسأل كم نويت؟ فإن نوى ثلاثًا فثلاث، وإن نوى واحدة فهى واحدة بائنة [وإن نوى ثنتين فهى واحدة بائنة][1] أيضًا؛ وهذا لأن الحرمة نوعان : خفيفة، وهى التى تثبت بالواحدة البائنة وغليظة، وهى التى تثبت بالثلاث، فأى ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه، وهذا المعنى معدوم فى نيّة الثنتين [فبقى هنا نية العدد، وهذا اللفظ لا يحتمل العدد، حتى لو كانت المرأة أمَة تصحّ نية الثنتين][2] . ولا يلزم على هذا ما إذا طلّق امرأته الحرّة واحدة، ثم قال لها : أنتِ علىّ حرام، ينوى ثنتين حيث لا تصح هذه النية؛ لأن هناك الحرمة الغليظة[3] لا تحصل بهما، بل بهما وبما تقدّم، ففى هذا مجرّد نية العدد، حتى لو قال لها بعد ما طلّقها واحدة : أنتِ علىّ حرام، ونوى الثلاث تصح نيّته، ويقع تطليقتان أخريان، نص على هذا محمد رحمه الله فى آخر باب ما وقع به الفرقة مما يشبه الطلاق .

٤٧٣٧- وإن نوى الطلاق فى قوله : أنتِ علىّ حرام، ولم ينو العدد فهى واحدة، وإن لم ينوِ الطلاق، فهو يمين، نوى اليمين أو لم ينو؛ لأن تحريم الحلال يمين، غير أنّ اليمين فى الزوجات إيلاء، فإن قربها كان عليه الكفّارة، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بالإيلاء . وكذلك هذا الحكم فى جانب المرأة، إذا قالت لزوجها : أنت علىّ حرام، أو قالت : أنا عليك حرام، كان يمينًا، وإن لم تنو، كما فى جانب الزوج، حتى لو مكّنت زوجها، حنثت فى يمينها، ولزمتها الكفّارة، محفوظ عن أصحابنا رحمهم الله تعالى .

٤٧٣٨- وفى "النوادر" : وإن قال الرجل : أردت بهذا الكلام الإيلاء، فهو وما لو قال : أردت اليمين سواء . وإن قال : نويت به الظهار، فعلى قول محمد رحمه الله تعالى : لا يكون ظهارًا، وعلى قولهما : يكون ظهارًا . وإن قال : نويت بهذا الكلام الكذب فهو كاذب، ولا حكم له، ويصدّقه القاضى؛ لأنه فسّر لفظه بما يقتضيه ظاهره، وهو نظير ما لو قال

أثبت من النسخ التى اعتمدنا عليها .

(٢) أثبت من جميع النسخ التى فى متناول أيدينا .

(٣) وفى "م" : لأن إيصال الحرمة الغليظة . . . إلخ .

لامرأته : أنتِ حرّة، وقال : أردت نعتها بالحريّة، لا الطلاق، يدين فى القضاء، هكذا ذكر شمس الأئمة [الحلوانى فى شرحه، وذكر شمس الأئمة][1] السرخسى، قالوا : لا يصدّق فى القضاء.

٤٧٣٩- وفى "المنتقى" : إذا قال لها : أنتِ علىّ حرام، ثم قال : عنيت به الكذب، لم يصدّق فى إبطال الإيلاء قضاء، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى.

٤٧٤٠- ولو قال : كل حلٍّ علىّ حرام، فإنه يسأل عن نيّته، فإن نوى اليمين ولم ينو شيئًا بعينه، كان يمينًا، وينصرف إلى الطعام والشراب، ولا تدخل فيه امرأته إلا بالنية استحسانًا، هكذا قال محمد رحمه الله فى الكنايات. وحكى عن بعض مشايخ بلخ : أنه تدخل فيه امرأته أيضًا وإن لم ينوها؛ لأن العرف قد فشا فيما بينهم أنهم يريدون بهذه اللفظة النساء. قال شمس الأئمة الحلوانى : حتى لو فشا هذا العرف فيما بيننا أيضًا، دخلت امرأته فى اليمين أيضًا من غير نية. وبعض مشايخ زماننا أفتوا فى قوله : حلال بر من حرام، هر چه حلال است مرا بر من حرام، أنه ينصرف إلى الطلاق من غير نيّته؛ لأنه غلب استعمال هذا فى النساء.

ثم على ما هو جواب محمد، إذا نوى امرأته حتى دخلت فيه امرأته، لايخرج الطعام والشراب من اليمين، فيحنث إذا أكل أو شرب، أو قرب امرأته، ويلزمه الكفّارة، وتصير تقدير المسألة كأنه قال : والله لا أتناول النساء، والطعام، والشراب، وإذا تناول شيئًا من الطعام والشراب حنث فى يمينه، وانقضى حكم يمينه، حتى لو قرب امرأته بعد ذلك لا يحنث فى يمينه، ويستوى أن يتناول شيئًا، قليلا أو كثيرًا من الطعام أو الشراب، بخلاف ما إذا قال : والله لا آكل هذا الطعام، أو الشراب، وذلك مما يستوفيه واحد، فإنّ هناك لا يحنث فى يمينه ما لم يستوفِ جميع ذلك.

والفرق أنّ هناك الحنث بحكم الشرط، والحرمة تثبت ضرورة كون الأكل والشرب شرطًا، والحالف جعل أكل الطعام شرطًا، والمعلّق بالشرط لا ينزل عند[2] وجود بعضها، فأما هنا الحرمة بموجب التحريم، وصيرورته شرطًا كان ضرورة ثبوت الحرمة، والحرمة إذا ثبتت لمعين[3]، صار كل جزء منه حرامًا، فصار انحلال اليمين ووجوب الكفّارة معلّقًا بتناول جزء منه.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل : إلا عند وجود بعضها.

(٣) وفى "ف" و "ظ" : لغير.

وكذلك لا يدخل فى هذه اليمين اللباس إلا بالنية ، وإذا نوى اللباس حتى دخل اللباس تحت اليمين ، لا يخرج الطعام والشراب عن اليمين ، فإن لبس شيئًا من الملبوسات حنث فى يمينه ، ويلزمه الكفّارة ، وينقضى حكم اليمين .

والحاصل أنه إذا لم ينوِ فى هذه اليمين شيئًا بعينه من الحلالات ، فيمينه على الطعام والشراب خاصة ، وإن كان اللفظ عامًا صالحًا لتناول جميع الحلالات ؛ لأن مقصود الحالف من اليمين البرّ دون الحنث ، ولا يتصور البرّ إذا حمل على العموم ؛ لأنه حين يصير مرتكبًا ما هو شرط الحنث عقيب اليمين . لأن التنفس ، وفتح العين ، والقيام ، والقعود ، وما أشبه ذلك من الأشياء التى لا يخلو الإنسان عنها ، يدخل تحت التحريم . وإذا تعذّر اعتبار معنى العموم فيه ، حمل على المتعارف ، وهو الطعام والشراب ، الذى بهما قوام النفس ، فلا يدخل تحت التحريم سواهما ، إلا بالنيّة . ولو نوى الطعام خاصة ، أو الشراب خاصة ، أو اللباس خاصة ، فهو على ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى وفى القضاء . أما فيما بينه وبين الله تعالى ؛ فلأنه نوى ما يحتمله لفظه ، وأما فى القضاء ؛ فلأن عدم التصديق فى القضاء لو كان ، إنما يكون لمراعاة العموم ، وقد سقط اعتبار العموم على ما بيّنا .

٤٧٤١- ولو نوى المرأة خاصة ، ذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى شرحه : أنّ نيّته لا تعمل ، ويكون يمينه على الطعام ، والشراب ، والنساء ، وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى : أنّ فى فصل التعليق إذا قال الرجل : كل حلٍّ علىّ حرام إن دخلت الدار ، فدخلها ، إنّ هذا على الطعام والشراب ، خاصّة دون ما سواهما ، وإن نوى امرأته دون ما سواها ، فهو كما نوى ، وليس على [هذا][1] الطعام ولا على الشراب . وذكر شمس الإسلام أنه يصدّق ويعمل نيّته ، وهكذا ذكر القدورى فى شرحه .

٤٧٤٢- وإن قال : نويت بهذا الطلاق فى امرأتى ، فإن نيّته تعمل فى طلاق امرأته ، ويخرج الطعام والشراب من أن يكون مرادًا ، حتى لو أكل أو شرب بعد ذلك ، لايحنث فى يمينه ؛ لأن اللفظ واحد ، واللفظ الواحد لا يجتمع فيه معنيان مختلفان ، ومعنى الطلاق غير معنى اليمين ، فإذا عملت نيّته فى الطلاق ، سقط اعتبار معنى اليمين أصلا . وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : أنه إذا قال : كل حلٍّ علىّ حرام ، ونوى الطلاق فى نساءه ، واليمين فى نعم الله تعالى ، فهو طلاق ويمين .

٤٧٤٣- وفى "نوادر ابن سماعة" : عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال لامرأتين

---

(١) هكذا فى "ب" .

له : أنتما عليّ حرام، ينوى الطلاق فى إحداهما، واليمين أى الإيلاء فى الأخرى، فهما طالقان، وهكذا روى عن محمد رحمه الله تعالى أيضًا. ووجه ذلك : أنّ اللفظ واحد، فلا يحتمل معنيين مختلفين، فيحمل على الأغلظ، وهو الطلاق عند عدم إمكان اعتبارهما، وكذلك إذا نوى فى إحداهما ثلاث تطليقات، وفى الأخرى واحدة، فهما طالقان ثلاثًا؛ لأن الحرمة بالثلاث نوع آخر غير الذى ثبت بالواحدة، فلا يجتمعان فى لفظ واحد، فحمل على الأغلظ. وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الأمر كما نوى، يقع على إحداهما ثلاث تطليقات، وعلى الأخرى واحدة؛ لأن هذا اللفظ للثلاث حقيقة، وللواحدة كالمجاز؛ لأن الحرمة المطلقة تثبت بالثلاث، فصار نظير لفظة النذر إذا نوى به النذر [واليمين][1]، وهناك يكون يمينًا ونذرًا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافًا لأبى يوسف رحمه الله تعالى، كذا هنا.

٤٧٤٤- ولو قال : هذه عليّ حرام وهذه، وهو ينوى الطلاق فى إحداهما، والإيلاء فى الأخرى فهما طالقان؛ لأنه كلام واحد حيث قال : وهذه، ولم يقل : وهذه عليّ حرام، والكلام الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين، فحمل على الأغلظ وهو الطلاق.

٤٧٤٥- ولو قال : هذه عليّ حرام، ينوى الطلاق، وهذه على حرام، ينوى الإيلاء، فهو كما نوى؛ لأنهما لفظان وكلامان، فجاز أن يراد بكل واحد منهما معنى على حدة.

٤٧٤٦- ولو قال لامرأته وأم ولده : أنتما عليّ حرام، ينوى فى الحرّة اليمين، وفى أم الولد الطلاق[2]، فهو يمين فيهما.

٤٧٤٧- وعن إسماعيل بن حماد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى، فى رجل قال لامرأته وجاريته : أعتقتكما، ينوى طلاق المرأة، وعتق الأَمَة، قال : تعتق الأَمَة، ولا تطلّق المرأة. قال : لأن العتق أغلب؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى نيّة. ولو قال لثلاث نسوة : أنتنّ عليّ حرام، ونوى لإحداهنّ طلاقًا، واليمين فى الأخرى، والكذب فى الثالثة، طلقّن جميعًا، هكذا ذكر فى "النوازل".

قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى فى "واقعاته" : وهذا قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، أما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى يجب أن يكون كما نوى، قياسًا على المسألة

---

(١) أثبت من "ب" و "م".

(٢) هكذا فى "ب" و "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ" : فى الحرة الطلاق واليمين، وفى أم الولد اليمين والطلاق. . . إلخ.

المتقدّمة .

٤٧٤٨- ولو قال لها : أنتِ عليّ حرام ، قال ذلك مرّتين ، ونوى بالمرة الأولى الطلاق ، وبالمرة الثانية اليمين ، فهو على ما نوى بالإجماع ؛ لأن اللفظ مختلف ، فقد مرّ جنس هذا إذا قال : حلال الله عليّ حرام ، أو قال : حلال ايزد بر من حرام ، أو قال : حلال خدا بر من حرام إن فعلت كذا ، أو قال : حلال المسلمين ، فهذا كله طلاق بائن ؛ لأن الناس فى بلادنا تعارفوا هذا طلاقًا ، فصار بحكم العرف كالصريح فى هذا الباب ، فلا يحتاج فيه إلى النية [أو يقال :][1] ، فلا يصدّق فى ترك النية ، فبعد ذلك ينظر إن كانت له امرأة وقت الحلف ، طلّقت واحدة بائنة ، وإن لم تكن له امرأة وقت الحلف ، كان يمينًا ؛ لأنه تعذّر صرفه إلى المرأة ، فيجعل يمينًا ؛ لأن تحريم الحلال يمين حتى إنّ من قال لغيره : حرامست با تو سخن گفتن ، كان يمينًا ، حتى لو كلّمه تلزمه الكفّارة ، فكذا هنا يكون يمينًا ، وتلزمه الكفّارة إذا حنث ، هكذا ذكر الصدر الشهيد فى "واقعاته" ، وبه كان يفتى القاضى الإمام شمس الإسلام الأوزجندى .

٤٧٤٩- وكان الفقيه أبو جعفر يقول : إذا لم تكن له امرأة وقت اليمين ، وتزوّج امرأة تطلق، ويصير تقدير كلامه : كل امرأة أتزوّجها فهى طالق . وكان نجم الدين النسفى رحمه الله تعالى يقول : إذا لم تكن له امرأة وقت اليمين ، بطل الكلام ولايجعل هذا يمينًا ؛ لأن هذا الكلام لا يتعيّن للطلاق بحكم العرف ، صار تقدير كلامه : كل امرأة لى طالق إن فعلَت كذا ، وليست له امرأة ، وهناك لا تنعقد اليمين . ثم على قول من يقول بأنه يكون يمينًا إذا لم تكن له امرأة وقت هذه المقالة ، إذا عنى التعليق حتى يصير تقدير كلامه : إن تزوّجت فهى طلاق إن فعلَت كذا ، هل يصدّق فى ذلك ، وهل تصح نيّته؟ قالوا : ينبغى أن تصحّ ، وهكذا حكى فتوى شمس الإسلام ، ويأتى من هذا الجنس فى فصل المتفرّقات .

٤٧٥٠- ولو قال : حلال الله عليّ حرام ، وكذلك فى أجناسه ، وله أربع نسوة ، وقعت على كل واحدة تطليقة ، هكذا عن الفقية الإمام أبى بكر البلخى رحمه الله تعالى ، وحكى عن الإمام أبى الحسن الرستغفنى رحمه الله تعالى أنه كان يقول فيمن قال : حلّ المسلمين عليّ حرام [ونوى الطلاق][2] ، وله امرأتان ، أنه يقع على كل واحدة تطليقة .

٤٧٥١- وفى "فتاوى أئمة بخارى" : فيمن قال : حلال الله عليّ حرام ، وله امرأتان ، قال محمد بن الفضل رحمه الله تعالى : إن لم يكن له نية طلّقتا جميعًا ، وإن نوى أن تطلّق

---

(١) أثبت من "ب" و "ف" .

(٢) أثبت من النسخ التى اعتمدنا عليها .

إحداهما يُدين فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يُدين فى القضاء. وحكى فتوى القاضى الإمام شمس الإسلام الأوزجندى، والشيخ الإمام مسعود بن [على][1] الحسن الكنانى[2] : أنه يقع الطلاق على واحدة منها، والبيان إلى الزوج. وهو الأظهر والأشبه؛ وهذا لأن قوله : حلال الله علىّ حرام، بمنزلة قوله : امرأتى طالق عرفا، وبهذا وقع الطلاق من غير نيّة، وفى قوله : امرأتى طالق، يقع الطلاق على واحدة منهنّ والبيان إليه، كذا ههنا.

٤٧٥٢- إذا قال : هر چه بدست راست گيرم بر من حرام، فهذا طلاق بائن بحكم العرف، وقوله : هر چه بدست راست گرفته ام، نظير قوله : هر چه بدست گيرم، وسيأتى فى فصل المتفرّقات بخلافه. ولو قال : هر چه بدست چپ گيرم، أو قال : گرفته ام، لا يكون طلاقًا؛ لانعدام العرف. ولو قال : هر چه بدست گيرم، فقد قيل : يجب أن يكون طلاقًا؛ لأن اليد اسم جنس، وقيل : لا يكون طلاقًا؛ لانعدام العرف.

٤٧٥٣- سئل نجم الدين النسفى عن رجل خلع امرأته، ثم تزوّجها بعد ذلك، ثم قال لها [بعد ذلك :][3] تو بر من حرامى باين خلع؟ قال : تحرم؛ لأنه أخبر أنها حرام عليه الآن بذلك الخلع، وإنما يكون حرامًا عليه بذلك الخلع إذا كان ذلك طلاقًا ثالثًا، حتى لا يصح هذا النكاح، فيكون مقرًّا على نفسه بالطلقات الثلاث، وإقراره على نفسه صحيح. قيل له : ماذا يجب لها بحكم هذا النكاح المسمّى فى هذا النكاح، أو مهر المثل؟ قال : المسمّى فى هذا النكاح؛ لأنه لم يصدّق عليها فى حق فساد النكاح، أو فساد التسمية؛ لأن ذلك حق المرأة، فصحّت التسمية فى نفسها، وحرمت عليه بإقراره الآن[4] بالحرمة.

٤٧٥٤- إذا قال لامرأته : أنتِ علىّ حرام ألف مرّة، يقع واحدة؛ لأن معنى قوله[5] : مرّة بعد مرّة. سئل الشيخ الإمام نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها : حلال خدا بر تو حرام، قال : آرى اين زن بروى حرام شود بيك طلاق؟ قال : شود؛ لأن قوله : ارى، يتضمّن إعادة كلامها، فصار كأنّ الزوج قال : حلال خدا بر من حرام، وهو تطليق [فى عرفنا من غير

---

(١) أثبت من "م".

(٢) هكذا فى "ظ" و"م"، وكان فى الأصل و"ب" : الكشانى.

(٣) أثبت من "م".

(٤) وفى "ف" و"م" : إلا أن.

(٥) وفى جميع النسخ التى عندنا : كلامه.

نية][1] . ثم فى قوله : حلال الله وأجناسه ، إذا وقع الطلاق من غير نيّة ، كان الواقع به بائنًا ؛ لأنه ليس بصريح وضعًا ، بل أُلحق بالصريح فى عدم اشتراط النية بحكم العرف ، فيبقى فيما وراءه غير صريح ، ويجوز أن يكون اللفظ صريحًا ، فى حق حكم كناية [لا][2] فى حق حكم آخر ، كقوله : اعتدّى ، واستبرئى رحمك ، أنت واحدة ، فإنّ هذه الألفاظ فى حكم الصريح على معنى أنّ الواقع بها رجعى ، ولايقع بها أكثر من واحدة ، وهى فى معنى الكنايات لافتقارها إلى النية أو دلالة الحال .

وحكى عن شيخ الإسلام الإسبيجابى رحمه الله تعالى ، أنه كان يقول فى جنس هذه المسائل : ينبغى للمفتى أن ينظر فى سؤال السائل ، إن كان سأل أنّى قلت كذا ، هل يكون طلاقًا؟ يكتُب فى الجواب : نعم إن نويت الطلاق ؛ لأنه لما سأل عن كونه طلاقًا أو غير طلاق ، فقد زعم كونه غير طلاق ، وإن كان سأل أنّى قد قلت كذا ، كم يقع من الطلاق؟ يكتُب فى الجواب : أنه يقع واحدة ، ولا يتعرّض للنية ، وإنه حسن .

٤٧٥٥- وفى "واقعات الناطفى" : إذا قال لها : أنتِ معى فى الحرام ، فهو كقوله : أنتِ علىّ حرام؛ لأنها إذا حرمت عليه يحرم هو عليها ، فتكون معه فى الحرام . إذا قال لها : أنتِ علىّ حرام ، والحرام عنده طلاق ، ولكن لم ينو الطلاق ، فهى طالق على قول من لم يشترط نية الطلاق فى هذا اللفظ ؛ لأنه لما كان الحرام عنده الطلاق ، كان ذكره وذكر الطلاق سواء كما تصح إضافة التحريم إلى المرأة ، تصحّ إضافته إلى الرجل ، بأن يقول الرجل : أنا عليكِ حرام ، أو حرَّمتُ نفسى عليكِ ، غير أنّ إضافة التحريم إلى المرأة صحيحة من غير ذكر الزوج ، حتى لو قال لها : حرَّمتكِ ونوى الطلاق ، يقع الطلاق وإن لم يقل : حرَّمتكِ على نفسى ، وإضافة التحريم إلى الزوج لا تصح من غير ذكر المرأة ، حتى لو قال : حرّمت نفسى ، أو قال : أنا حرام ، ولم يقل : عليكِ ونوى الطلاق ، لا يقع . وكذلك تصح إضافة البينونة إلى الرجل ، كما تصح إضافتها إلى المرأة ، غير أنّ إضافة البينونة إلى المرأة صحيحة من غير ذكر الرجل ، حتى إنّ الرجل إذا قال للمرأة : أنتِ بائن ولم يقل : منّى ، يقع الطلاق إذا نوى ، ولو قال : أنا بائن ولم يقل : منكِ ، لا يقع الطلاق وإن نوى .

والفرق : أنّ وصل المرأة تختص[3] بهذا الزوج ؛ لأن المرأة لا يحل لها إلا زوج واحد ،

---

(١) هكذا فى "ب" و "ف" و "م" ، وكان فى الأصل و "ظ" : فى غير عرفنا .

(٢) هكذا فى "م" .

(٣) هكذا فى "ظ" و "م" و "ب" ، وكان فى الأصل : مختص .

وإذا قال لها : أنتِ بائن ، علمنا أنه أراد قطع الوصلة التى بينها وبينه ، فقد وضع البينونة فى محلها فيقع ، فأما وصلة الزوج لا تختص بهذه المرأة ؛ لأن الرجل يحل له أربع نسوة [فإذا](١) قال : أنا بائن ، لا يعلم أنه أراد به قطع الوصلة التى بينه وبين هذه ، أو بينه وبين امرأة أخرى ، فلهذا لا يقع ما لم يقل : أنا منكِ بائن .

٤٧٥٦- وإذا قال لها : أنتِ علىّ كمتاع فلان ينوى الطلاق أو الإيلاء ، فهذا ليس بشىء . ولو قال لها : أنتِ علىّ كالخمر والخنزير ، فهذا وما لو قال لها : أنتِ علىّ حرام ، سواء على التفصيل الذى قلنا . والحاصل أنّ التشبيه إذا حصل بما هو محرم العين كالخمر ، والخنزير ، والميتة ، فالحكم فيه كالحكم فى قوله : أنتِ علىّ حرام ، إلا أنّ فى قوله : أنتِ علىّ حرام ، إذا لم ينوِ شيئًا كان يمينًا بلا خلاف بين المشايخ ، وههنا إذا لم ينوِ شيئًا فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، أنه هل يكون يمينًا أم لا؟ امرأة قالت لزوجها : أنا عليكَ حرام(٢) أو حلال لك ، فقال : أنتِ علىّ مثل ما أنتِ على جميع أهل المصر ، أو قال بالفارسية : مرا چنانى كه همه شهر را ، وقال : بامن چنانى كه باهمه شهر ، فهى طالق إذا نوى الطلاق . وسئل نجم الدين رحمه الله تعالى عمّن قال : إن فعلت كذا ، فحلال واحد من حلال الله علىّ حرام ، فقال : عنيت به لحم الإبل ، قال : طلّقت امرأته .

نوع آخر فى قوله : [أنت](٣) خلية وأشباهها :

٤٧٥٧- إذا قال لها : أنتِ خلية ، أو قال : برية ، أو قال : بتة ، أو قال : بائنة ، وقال : لم أنوِ به الطلاق ، فالأصل فى جميع ألفاظ الكنايات أن لا يقع الطلاق بها إلا بالنية ، وإذا قال الزوج : لم أنو به الطلاق ، فالمسألة على وجوه : إما إن قال ذلك فى حالة الرضا ، أو فى حالة الغضب ، أو فى حالة مذاكرة الطلاق ، بأن سألت طلاقها ، أو سألت غيرها طلاقها .

ففى حالة الرضا يصدّق الزوج فى قوله : لم أنو به الطلاق فى الألفاظ كلها قضاء وديانة . وفى حال مذاكرة الطلاق لا يصدّق الزوج فى قوله : لم أنوِ به الطلاق فى كل لفظ يصلح جوابًا ، ولا يصلح ردًا قضاء(٤) ، ويصدّق ديانة . وذلك قوله : أنتِ خلية ، أنت برية ، بتة ،

---

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا ، وكان فى الأصل : فأما إذا .

(٢) وفى "م" و "ف" : أنا حرام عليك .

(٣) أثبت من "ب" و "ف" و "م" .

(٤) هكذا فى النسخ التى فى متناولنا ، وكان فى الأصل : ولا يصلح ردًا يصدق قضاء .

بائن، حرام؛ لأن هذه الألفاظ لما خرجت عقيب سؤال الطلاق، وإنها صالحة للجواب، فالظاهر أنه أريد بها الجواب، فإذا قال: لم أنوِ بها الجواب، فقد ادّعى أمرًا بخلاف الظاهر، فلا يصدّق القاضى بأن[١] أنها صالحة للجواب؛ لأن الصالح للجواب عن سؤال الطلاق كل لفظ فيه إيجاب نفس الطلاق[٢]، أو إيجاب حكمه؛ لأنها تطلب بالطلاق حكمها.

إذا ثبت هذا فنقول: فى هذه الألفاظ إيجاب حكم الطلاق، وهو ما ثبت بالطلاق من غير فعل فاعل مختار، والبينونة، والحرمة، والخلق عن النكاح [والبراءة عن النكاح][٣] يثبت بنفس الطلاق من غير فعل فاعل مختار، فكانت هذه الألفاظ صالحة للجواب من هذا الوجه، بخلاف قوله: اغربى، اذهبى، اخرجى، تقنعى، تسترى، تخمّرى؛ لأنه ليس فى هذه الألفاظ تنصيص على حكم الطلاق؛ لأن الذهاب، والتقنّع، والتستّر، والتغرّب كلها أفعال اختيارية، لا أحكام شرعيّة، فلم يوجد الإجابة لا فى عين الطلاق، ولا فى حكمه.

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه ألحقَ قوله: خلَّيت سبيلكِ، لا سبيل لى عليكِ [لا ملك لى عليكِ][٤]، ألحقى بأهلكِ، فارقتكِ، سرّحتكِ، بقوله: خلية، برية وأشباههما، فقال: لا يصدّق الزوج فى القضاء إذا قال الزوج: لم أنو بها الطلاق فى حال مذاكرة الطلاق؛ لأنها صالحة للجواب، فيجعل جوابًا بدلالة الحال.

٤٧٥٨- وأما فى حالة الغضب: فكل ما يصلح للشتم[٥]، ويصلح للطلاق الذى يدلّ عليه الغضب، يجعل طلاقًا، ولا يصدّق الزوج فى قوله: ولم أنوِ به الطلاق. وما يصلح ردًّا ويصلح جوابًا نحو قوله: اغربى، اخرجى، لا يجعل طلاقًا، وصلاحيّة هذه الألفاظ للرد، أن يريد الزوج بقوله: اخرجى، اتركى سؤال الطلاق، ولما احتمل هذا الرد والإجابة، ثبت الأدنى منهما، والرد أدنى، والإجابة أعلى، فلا تثبت الإجابة بالشك. وما يصلح[٦] أن يكون جوابًا، ويصلح شتيمة نحو قوله: خلية، برية، بتة، بائن، حرام، لا يجعل طلاقًا إذا قال: لم

---

(١) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل و"ظ": بيانه.

(٢) وفى "ب" و"م": إيجاب حكم الطلاق؛ لأن حكم الطلاق ما يثبت بالطلاق... إلخ.

(٣) أثبت من "ظ" و"ب".

(٤) أثبت من "ظ".

(٥) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: كل ما لا يصلح جوابا للشتم.

(٦) وفى "م": وما لا يصلح، وهو خطأ.

أنوِ به الطلاق، وصلاحية هذه الألفاظ للشتم، أن يريد الزوج بقوله : خلية الخلية عن الخيرات، ويريد بقوله : برية البرية عن الطاعات والمحامد، ويريد بالبتة والبائن البتة والبائن عن كل رشد، وإذا احتمل الشتم والطلاق ثبت أدناها، وحالة المغايظة كما يدل على الطلاق، يدل على الشتم، ثبت أدناهما، وهو الشتم.

٤٧٥٩- وإن نوى فى الخلية، والبرية، والبتة، والبائن، والحرام، ثلاثًا أو واحدة بائنة، فهو على ما نوى، أما فى البائن والحرام؛ ولأن البينونة نوعان : غليظة لاتحتمل الوصل، وخفيفة تحتمل الوصل، وكذا الحرمة، ولكل نوع مقتضى، فمقتضى الخفيفة طلقة واحدة، ومقتضى الغليظة الثلاث، فعند عدم النية ثبت المتيقن وهو الخفيفة، وإذا نوى الغليظة تثبت الغليظة؛ لأنه نوى نوعى الحرمة، وأحد نوعى البينونة، وكذلك فى الخلية، والبرية، والبتة؛ لأن هذه الألفاظ تنبئ عن البينونة، والبينونة نوعان على ما مرّ.

٤٧٦٠- وأما قوله : اعتدّى، لا يكون الواقع به إلا واحدة رجعية؛ لأنه أمر بالاعتداد، وليس فيه ما ينبئ عن الطلاق؛ لأن الأمر بالاعتداد لما كان لا يصلح إلا بعد سابقة الطلاق، اقتضى طلاقًا سابقا؛ [ليصح الأمر بالاعتداد، والمقتضى ثابت بطريق الضرورة، والضرورة ترتفع[1] بأصله، فلا يظهر سبق الطلاق فى حق صحة نية الثلاث فيه][2]. وفى قوله : اخرجى، اذهبى، اغربى، تقنعى، تخمّرى، استترى تصح نية الثلاث؛ لأن هذه الألفاظ تنبئ عن البينونة، وإنهما نوعان على ما مرّ.

٤٧٦١- وإذا قال لها : وهبتك لأهلك [لا يصدّق الزوج فى قوله : لم أنوِ به الطلاق، فى كل لفظ يصلح جوابًا، ولا يصلح ردًّا قضاء، ويصدّق ديانة، وذلك قوله : أنت خلية، فهو][3] من جملة الكنايات، لا يقع الطلاق فيه إلا بالنية؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن الهبة تقتضى زوال الملك، ويستوى إن قبلوها أو لم يقبلوها؛ لأن القبول فى الهبة إنما يحتاج إليه الدخول الموهوب فى ملك الموهوب له، والثابت هنا إزالة الملك، فلا يحتاج إلى القبول.

وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه إذا قال لها : وهبتكِ لأهلكِ، أو لأبيكِ، أو لأمكِ، أو للأزواج، فهى طالق إذا نوى؛ لأن المرأة ترد على هؤلاء بالطلاق، فيملكها الزوج بعد الطلاق، فكان الطلاق من مدلولات هذا اللفظ. ولو قال : وهبتكِ لأخيكِ، أو لأختكِ،

---

(١) وفى "ف" و "م" : والضرورة يقع بأصله.

(٢) أثبت من النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل : ليصلح بالاعتداد فيه.

(٣) أثبت من "ظ".

أو ما أشبه ذلك، فليس بطلاق وإن نوى؛ لأن المرأة بالطلاق لا ترد على هؤلاء، فلا يكون الطلاق من مدلولات هذا. ولو قال لها: [وهبت][(١)] نفسكِ منكِ، فهو من جملة الكنايات، إن نوى به الطلاق يقع، وما لا فلا. ولو قال لها: أبحتكِ لا يقع وإن نوى.

٤٧٦٢- وإذا قال لها: چهار راه بر تو كشاده است، لا يقع الطلاق وإن نوى، ما لم يقل: خذى أيها شئت [عند أكثر المشايخ، وإنه منقول عن محمد، وإذا قال لها: چهار راه بر تو كشادم، يقع الطلاق إذا نوى، وإن لم يقل: خذى أيها شئت][(٢)]؛ لأن فى الوجه الأول أخبر عن كون الطرق مفتوحة عليها، وهى كذلك، فإذا قال: خذى أيها شئت، فكأنه قال: اذهبى، ونوى الطلاق. وفى الوجه الثانى أخبر عن فتح الطريق عليها، وذلك قد يكون [بالإذن، وقد يكون][(٣)] برفع النكاح بالطلاق، فإذا نوى رفع النكاح فقد عيّن[(٤)] الطلاق.

٤٧٦٣- ولو قال لها: اذهبى فتزوّجى، لا يقع الطلاق إلا بالنية، وإذا نوى واحدة فهى واحدة بائنة، وإذا نوى الثلاث فهى ثلاث. وإذا قالت لزوجها: طلّقنى، فقال: لا أفعل، فقالت: إن لم تطلّقنى أذهب فأتزوّج، فقال الزوج: شوى كن خواهى يكى، خواهى دو، خواهى سه، لا يقع الطلاق.

٤٧٦٤- فى "واقعات الصدر الشهيد": ولو قال لها: اذهبى تقنعى الثوب، أو قال: اذهبى فتقنّعى، أو ما أشبه ذلك، وأراد بقوله: اذهبى الطلاق، لا تطلّق. وفى "مجموع النوازل": دست از من بردار، فقال لها: اذهبى إلى جهنم، ونوى الطلاق يقع. [سئل الشيخ نجم الدين عمن قال لامرأته: دادمت يك طلاق، سر خويش گير، وروزى خويش طلب كن، قال: الطلاق الأول رجعى، فإن لم ينو بقوله: سر خويش گير طلاقًا آخر بقى الأول رجعيًا، ولا يقع بهذا القول شيء، وإن نوى به الطلاق كان طلاقًا بائنًا، ويصير الأول مع الثانية بائنين. امرأة قالت لزوجها: مرا چنين گران خريده اى بعيبم بازده، فقال الزوج: باز دادم ونوى الطلاق، قال الشيخ أبو الحسن الثعلبى رحمه الله: لا تطلّق][(٥)].

---

(١) هكذا فى "ف" و "م" و "ظ"، وكان فى الأصل و "ب": وهبتك.

(٢) أثبت من النسخ التى فى متناول أيدينا.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) وفى "م": عنى مكان عين.

(٥) أثبت من "م"، ولكن فى "التاتارخانية" هذه العبارة منقولة عن "مجموع النوازل".

نوع آخر فى قوله: بهشتم، وما يتصل به:

الأصل فى هذا النوع من الألفاظ أن يقال : كل لفظ فى الفارسية يستعمل فى الطلاق، ولا يستعمل فى غيره فهو كصريح الطلاق بالعربية، وإن كانت اللفظة مستعملة فى الطلاق وغيره، فهو بمنزلة كنايات العربية.

٤٧٦٥- إذا ثبت هذا، فنقول : إذا قال الرجل لامرأته : بهشتم ترا از زنى، فاعلم بأن هذه اللفظة يستعملها أهل خراسان وأهل عراق فى الطلاق، وإنه صريح عند أبى يوسف رحمه الله تعالى، حتى كان الواقع به رجعيّا، ويقع بدون النية؛ لأن الناس تعارفوا إيقاع الطلاق بالفارسية بهذا اللفظ، فالتحق بصريح الطلاق بالعربية، فكان الواقع به رجعيّا.

٤٧٦٦- وإذا قال : بهشتم ترا، ولم يقل : از زنى، فإن قال فى حالة الغضب ومذاكرة الطلاق، فواحدة يملك الرجعة، إذ ليس لهذه اللفظة اختصاص بالنكاح، فلا يحمل عليه إلا بقرينة، أو دلالة حالية، أو نية، فإذا وجد شيء من ذلك لايصدّق فى صرفه إلى غير الطلاق، وإن نوى بائنًا أو ثلاثًا، فهو كما نوى. وقول محمد رحمه الله تعالى فى هذا كقول أبى يوسف رحمه الله تعالى.

وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى : روايتان، وفى رواية الحسن : يقع الطلاق بلا نية، ويكون رجعيّا، وبه أخذ الفقيه محمد بن إبراهيم الميدانى رحمه الله تعالى. وفى رواية ابن رستم : لا يقع الطلاق إلا بالنية، ويكون بائنًا، وبه أخذ الفقيه أبو نصر أحمد ابن سهل رحمه الله تعالى؛ لأن هذا تفسير قوله : خلَّيتُكِ. وذكر القدورى فى شرحه وقال : قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى فى فارسى، قال لامرأته : بهشتم ترا [أو بهشتم][1] از زنى : إنه لا يكون طلاقًا إلا بالنية، وإنه يوافق رواية ابن رستم، ثم قال : فإن نوى الطلاق، ولم ينوِ البينونة ولا عددا، فهى واحدة يملك الرجعة، وإن نوى ثلاثًا فثلاث، وإن نوى بائنًا كان بائنًا.

قال القدورى : فصارت هذه اللفظة ملحقة بكنايات العربية من حيث اعتبار أصل النية، وصحة نية الثلاث، ولم يلحقه فى حق صفة البينونة إذا لم ينو البينونة؛ وهذا لأن هذه اللفظة كما تحتمل الطلاق تحتمل غيره، فلا بدّ من اعتبار النيّة، فإذا نوى [الطلاق، كان صريحًا وتقع واحدة رجعية، وإذا نوى][2] البينونة أو الثلاث فقد جعل هذا اللفظ تفسيرًا لتخلية، ونية الثلاث والبينونة فى التخلية صحيحة، فكذا فى هذه اللفظة. أما إذا لم ينوِ البينونة أو الثلاث

---

(١) هكذا فى "م" و "ف".

(٢) أثبت من جميع النسخ فى متناول أيدينا.

فلم تجعل هذه اللفظة تفسيراً للتخلية، فبقيت صريحًا، فتقع واحدة رجعية، أو يقال: عند عدم [نية](١) البينونة(٢) والثلاث يحتمل أنه جعله تفسيراً [للتخلية، ويحتمل أنه جعله تفسيراً](٣) للصريح، فلا تقع البينونة بالثلاث بالشك والاحتمال.

قال القدورى رحمه الله تعالى: وأثبت المغايرة بين العربية والفارسية من وجه آخر، فقال: لو قال فى حال مذاكرة الطلاق [بالعربية: خلَّيتكِ، أنه يكون طلاقًا، ويتعيّن بدلالة الحال، ولو قال بالفارسية فى حال مذاكرة الطلاق، أو](٤) فى حالة الغضب: بهشتم، لا يقع شىء حتى ينوى؛ لأن هذه اللفظة وإن أقيمت مقام لفظة التخلية، إلا أنها تستعمل لا للتخلية [فكانت أضعف من لفظ التخلية](٥)، فلا تؤثر فيها دلالة الحال.

٤٧٦٧- ولو قال: دست باز داشتم ترا، ففيه اختلاف الشيخين، ولكن على عكس ما ذكرنا فى قوله: بهشتم، ولو قال: پاى كشاده كردم ترا، يقع الطلاق بلا نية، ويكون رجعيًا باتفاق الشيخين. ولو قال: چنگ باز داشتم ترا، فهو نظير قوله: دست باز داشتم ترا، ومن المتأخرين من مشايخ بخارا رحمهم الله تعالى من جعل الثلاث الأول تفسيراً لقوله: طلّقت عرفا، حتى يقع الطلاق بلا نية، وجعل الرابع والخامس تفسيراً لقوله: خلَّيت سبيلكِ، حتى لا يقع الطلاق إلا بالنية، ويكون الواقع بائنًا. وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله تعالى يفتى فى قوله: بهشتم بالوقوع بلا نية، ويكون الواقع رجعيًا، ويفتى فيما سواها فى اشتراط النيّة، ويكون الواقع بائنًا.

٤٧٦٨- وعن شمس الإسلام الأوزجندى رحمه الله تعالى كان يقول: صريح الطلاق فى ديارنا، طلَّقتكِ، طلاق دادم ترا، پاى كشاده كر دمت، وفى بلاد عراق: بهشتمت. وفى "فتاوى الفضلى": إذا قال: بيك طلاق دست [باز داشتمت، فهى واحدة بائنة، ولو قال: بيك طلاق دست باز داشتم ترا](٦)، فهى واحدة رجعية، وكذا إذا قال: رها كردمت، أو يكه

---

(١) أثبت من "ب" و "ف".

(٢) وفى "م": أو مكان واو.

(٣) أثبت من "ظ" و "م".

(٤) أثبت من جميع النسخ التى فى متناول أيدينا.

(٥) أثبت من النسخ الموفرة لنا.

(٦) أثبت من "ظ".

كردمت بيك طلاق، فهى واحدة بائنة[1] . وإذا قالت : مرا رها كن، فقال : رها كردم، فهو بمنزلة قوله : رها كردمت، فى "فتاوى النسفى" .

٤٧٦٩- وإذا قالت : دست باز داشتى مرا؟ فقال : داشتم، فهذا بمنزلة ما لو قال : دست باز داشتم؛ لأن كلامه خرج جوابًا، فيتضمّن عادة ما فى السؤال، وإذا قالت : مرا دركار خداى كن، فقال الزوج : ترا دركار خداى كردم، أو قالت : مرا بخداى بخش، فقال الزوج : بخشيدم، إن نوى الطلاق يقع، وإن لم ينوِ لا يقع، استدلالا بما لو قال لعبده : أنتَ لله، أو جعلتكَ لله، فإنّ هناك إن نوى العتق يقع العتق، وإن لم ينوِ لا يقع العتق، ويصدّق فى أنه لم ينوِ الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى وفى القضاء، سواء كان ذلك فى حالة الرضا، أو فى حالة الغضب، أو فى جواب كلامها .

٤٧٧٠- وفى "فتاوى أهل سمرقند" : إذا قال الرجل لامرأته : دست از من باز دار، فقالت المرأة : باز داشتم سه طلاق، فقال الزوج : من نيز دست باز داشتم از تو، فإن نوى الزوج واحدة أو ثلاثًا فكما نوى؛ لأنه محتمل لذلك، وإن لم ينوِ شيئًا، لا يقع شيء؛ لأنه لو وقع وقع بقوله : من نيز دست از تو باز داشتم، وهذا لا يقع إلا بالنية .

نوع آخر فى قوله: لست لى بامرأة، وما يتصل به:

٤٧٧١- إذا قال الرجل لامرأته : مرا چيزى نباشى، وكرّر هذا القول، ونوى به الطلاق، لا يقع الطلاق، وكذلك إذا قال : لم يكن بيننا نكاح، أو قال : لم أتزوّجك، ونوى الطلاق، لا يقع الطلاق بالإجماع، ولو قال : لست لى بامرأة، أو ما أنا بزوجك، ونوى الطلاق، فهو [طلاق عند أبى حنيفة رحمه الله خلافًا لهما . وإذا سئل الرجل : ألك امرأة؟ فقال : لا ونوى الطلاق، فهو][2] على [هذا][3] الخلاف .

فرّق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين قوله : لست لى بامرأة، وبين قوله : لم يكن بيننا نكاح، أو لم أتزوّجكِ، والفرق أنّ قوله : لم أتزوّجكِ، لم يكن بيننا نكاح، لا يحتمل النفى بالطلاق، ولهذا[4] قالوا : لم يكن بيننا نكاح، لم أتزوّجكِ لأنى طلّقتكِ، لا يصح، فإذا نوى

---

(١) وفى "ب" و"م" : رجعية، لعله خطأ .

(٢) أثبت من جميع النسخ التى فى متناول أيدينا .

(٣) هكذا فى "م" .

(٤) وفى "م" : ولهذا لو قال : لم أتزوجك لم يكن بيننا نكاح لم أتزوجك لا يصح، وفى "ب" و"ف" :

الطلاق به، فقد نوى ما لا يحتمله لفظه، أما قوله : لست لى بامرأة، ما أنا بزوجكِ، كما يحتمل نفى النكاح من الأصل، يحتمل للحال بالقطع، أى لست لى بامرأة، لأنى طلّقتكِ، ألا ترى أنه لو صرّح به يصحّ، فإذا نوى به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه.

٤٧٧٢- ولو قال : لا نكاح بينى وبينك، ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى فى "واقعاته" : أنه إذا نوى الطلاق يقع، ولم يحكِ خلافًا، قيل : وينبغى أن يكون هذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، بناء على ما إذا قال : لست لى بامرأة، ونوى به الطلاق، وعلى هذا إذا قال : ليس بينى وبينكِ نكاح، ونوى به الطلاق. ولو قال : لم يبقَ بينى وبينكِ نكاح[1]، ونوى به الطلاق لا يقع.

٤٧٧٣- ولو قالت لزوجها : لست لى بزوج، فقال الزوج : صدقتِ، قال الفقيه أبو نصر رحمه الله تعالى : أخاف أن يقع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، كما فى قوله : ما أنا بزوجكِ ونوى به الطلاق. ولو قال : والله ما أنتِ لى بامرأة، أو قال : علىّ حجة إن كانت لى امرأة، لم يكن طلاقًا بلا خلاف وإن نوى، هكذا ذكر القدورى فى "كتابه" ؛ لأنه لما [قرن][2] به اليمين، واليمين لتأكيد الخبر، علمنا أنه أراد به الماضى [إذ الخبر إنما يقع عن الماضى، وإذا أراد به الماضى][3] وكان كاذبًا[4]، فأما بدون اليمين فيحتمل معنى الإنشاء، فيقع به الطلاق إذا نوى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال : هذه المسألة على الخلاف أيضًا.

٤٧٧٤- وذكر الناطفى فى "طلاق الهداية" : إذا قال : ما لى امرأة ونوى الطلاق، لا يكون طلاقًا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى [ولو قال : لستِ لى بامرأة، ولم يواجهها، لا يقع به الطلاق عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى][5]، وإن نوى. وفى هذا الموضع أيضًا : إذا قال لها : لستِ لى بامرأة إن دخلتِ الدار، ونوى الطلاق، طلّقت إذا دخلت فى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى. ولو قال : صرتِ لى غير امرأتى، ونوى به الطلاق

ولهذا لو قال : لم أتزوجك لم يكن بيننا نكاح ؛ لأنى أطلقك لا يصح.

(١) وفى "ب" و "ف" : شىء مكان نكاح.

(٢) هكذا فى "ب" و "ف"، وكان فى الأصل و "ظ" و "م" : فرق.

(٣) أثبت من "ب" و "م" و "ف".

(٤) وفى "ب" و "ف" : كذبًا.

(٥) أثبت من "ظ".

يكون طلاقًا، قال الناطفى: وهو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

٤٧٧٥- ولو قال لها: فسخت النكاح الذى بينى وبينكِ، ينوى الطلاق، فهو طلاق؛ لأن الفسخ يوجب البينونة، فقد نوى ما يوجبه لفظه، وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: إذا قال لها: لا حاجة لى فيكِ، فليس بطلاق وإن نوى؛ لأن نفى الحاجة لا ينفى الزوجيّة، ولا أحكامها؛ لأن النكاح نكاح مع عدم الحاجة، فإنّ الإنسان قد يتزوّج بمن لا حاجة له فيها.

٤٧٧٦- فى "مجموع النوازل": امرأة قالت لزوجها: آخر زن تو ام، فقال الزوج: نه تو ونه زنى تو، لا يقع بهذا شيء [وإن نوى][1]. وفيه أيضًا: رجل قال لامرأته: مرا بيگانه، لا يقع الطلاق؛ لأن كونها أجنبيّة لا ينافى النكاح، فقد نوى ما لا يحتمله لفظه. رجل قال لامرأته: برئت من طلاقكِ، أو قال: برئت إليك من طلاقكِ، أو قال: برئت إليك، إن لم ينوِ الطلاق لا يقع، وإن نوى فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، واختار الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى أنه لايقع. ولو قال: أنا برىء من نكاحكِ، يقع الطلاق؛ لأن البراءة عن الشىء إعراض عنه، والإعراض عن الطلاق لا يكون طلاقًا، فأما الإعراض عن النكاح فطلاق.

٤٧٧٧- وفى "مجموع النوازل": امرأة قالت لزوجها: أنا بريئة منكَ أيضًا، فقال الزوج: أنا برىء منكِ أيضًا، فقالت: انظر ما ذا تقول؟ فقال الزوج: ما نويت الطلاق، قال: لا يقع الطلاق؛ لعدم النية. وفى فتاوى شمس الإسلام الأوزجندى رحمه الله تعالى: إذا قال لها: أبرأتكِ عن الزوجيّة، يقع الطلاق من غير نيّة فى حالة الغضب وغيره.

نوع آخر فى قوله: طلاق داده گير، ومايتصل به:

امرأة قالت لزوجها: مرا طلاق ده، فقال الزوج: داده گير، أو قال: داده باد، فإن نوى الإيقاع يقع الطلاق، وإن لم ينوِ الإيقاع لا يقع الطلاق؛ لأنه يحتمل الإيقاع والوعد، وإذا نوى الإيقاع حتى وقع الطلاق، يقع[2] رجعيًا، ويجوز أن يشترط النية، ويكون الواقع رجعيًا، وكذلك إذا قال: كرده گير أو كرده باد.

٤٧٧٨- وإن قال: داده است وكرده است، يقع الطلاق نوى أو لم ينوِ؛ لأنه للتحقيق، ولو قال: داده انكار أو كرده انكار، لا يقع الطلاق وإن نوى. ولو قالت: مرا طلاق ده، فقال

---

(١) هكذا فى "ب".

(٢) وفى "م": يكون.

الزوج: گفته گير، لا يقع الطلاق وإن نوى؛ لأن قوله: گفته گير لا يحتمل الجواب، بخلاف قوله: داده گير. ولو قالت: مرا مدار، فقال الزوج: باز داشته گير، يقع الطلاق إذا نوى، ويكون بائنًا. ولو قالت: من بر تو طلاقم، فقال الزوج: همچنان گير، فقد ذكر فى "مجموع النوازل": أنها لاتطلّق[1]، وفيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى. ولو قال: همچنان، ولم يقل: گير، لاتطلّق؛ لأنه ليس بتام فى الجواب، والتام أن يقول: همچنان است، همچنانى، همچنان گير.

٤٧٧٩- قال لامرأته: أنتِ طالق، فقالت: لا أكتفى بالواحد، فقال الزوج: دو گير، فإن نوى الزوج بقوله: دو گير إيقاع الطلاق، تطلّق ثلاثًا، ويكون قوله: دو گير إيقاع الثنتين ابتداء، وقد سبقها طلقة فطلّقت ثلاثًا لهذا. ولو قالت: مرا يكه كن؟ أو قالت: رها كن؟ فقال الزوج: يكه كرده گير، أو رها كرده گير، فهذا على ما قلنا: إنه إن نوى الإيقاع يقع. ولو قالت: خويشين بخريدم از تو بفروش، فقال الزوج: فروخته گير، فقد قيل: ينبغى أن يصح الخلع، وهذا إذا أراد به التحقيق. ولو قالت: سو گند خور بطلاق من كه فلان كار نمى كنى، فقال: خورده گير، حكى فتوى شمس الأئمة الأوزجندى رحمه الله تعالى أنها لا تطلّق، وعلى قياس المسألة المتقدمة ينبغى أن تطلّق إذا نوى التحقيق.

٤٧٨٠- امرأة قالت لزوجها: من بيك سو وتو بيك سو، فقال الزوج: همچنين گير، لاتطلّق؛ لأن هذا ليس من ألفاظ الكنايات. امرأة قالت لزوجها: بر من چرا آمدهٔ كه من زن تو نه ام، فقال الزوج: نى گير، لا تطلّق. رجل دعا امرأته إلى الفراش فأبت، فقال لها: اخرجى من عندى، فقالت: طلّقنى حتى أذهب، فقال الزوج: اگر آرزوى تو چنين است چنين گير، ولم تقل شيئًا، أو قامت لا تطلّق فى أيمان "مجموع النوازل".

نوع آخر فى بيان حكم الكنايات:

٤٧٨١- فنقول: الكنايات التى هى بوائن، إذا نوى بها الزوج الطلاق كان طلاقًا بائنًا، وإن نوى اليمين كان يمينًا؛ لأن هذه الألفاظ تحتمل إيجاب الحرمة، فصار هذه الألفاظ بمنزلة قوله: أنتِ علىّ حرام.

٤٧٨٢- وإن لم يكن نوى شيئًا هل يكون يمينًا؟ ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، من قال: بأنها يمين، قاس هذه الألفاظ على قوله: أنتِ علىّ حرام. ومن قال: إنها ليست

(١) هكذا فى "ظ"، وكان بقيتها: تطلق.

يمين، قال: بأنّ هذه الألفاظ ليست بصريحة فى باب اليمين، وما ليس بصريح فى باب اليمين إنما يلحق بالصريح فيه، إما لغلبة الاستعمال، أو بدلالة الحال، أو بالنية، ولم يوجد شيء من ذلك هنا، بخلاف قوله: أنتِ عليّ حرام؛ لأن هناك وجد غلبة الاستعمال فى اليمين، والتحق بالصريح -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

نوع آخر فى تكرار ألفاظ الكنايات، ومايتصل به:

٤٧٨٣- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": إذا قال لها: اعتدّى اعتدّى اعتدّى، وقال: نويت بالكل طلقة واحدة [لا يصدّق قضاء، ويصدّق فيما بينه وبين الله تعالى. أما لا يصدّق قضاء؛ لأنه لما نوى بالكل طلقة واحدة، فكأنه نوى لكل لفظ ثلاث تطليقات، والتطليقة مما لايتجزّأ][1]، فنيّة بعضها تكون نيته كلها. ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لمكان الاحتمال؛ لأنه نوى بالأول الإيقاع، وبالثاني والثالث الأمر بعدة [واجبة][2]، ولأنه نوى بالأول الإيقاع، وبالثاني والثالث التكرار. وإذا قال: عنيت بالأول طلاقًا، وبالثاني والثالث الأمر بالعدّة[3]، يصدّق قضاء[4] وديانة؛ لأنه لما نوى بالأول الطلاق، فصار كأنه قال لها: أنتِ طالق، ثم قال بعد ذلك لها: اعتدّى اعتدّى، ولو قال هكذا، وقال: عنيت بقولى: اعتدّى اعتدّى، الأمر بعدّة واجبة، كان كما نوى؛ لأنه نوى حقيقة كلامه. بخلاف ما إذا نوى فى الألفاظ كلها طلقة واحدة؛ لأن هناك نوى بكل [لفظ ثلاث تطليقة، والتقريب[5] ما مرّ. ولو قال: عنيت بالأولى طلاقًا، ولم أنو بالثانى وبالثالث شيئًا، يقع الثلاث عند علمائنا الثلاثة؛ لأن الثانى والثالث وجدا][6] حال مذاكرة الطلاق، لمّا نوى بالأول الطلاق، وقوله: اعتدّى حال مذاكرة الطلاق، طلاق.

٤٧٨٤- وفى "الأصل" أيضًا: إذا قال لها: أنتِ طالق فاعتدّى، أو قال: أنتِ طالق

---

(١) أثبت من جميع النسخ التى لنا.

(٢) أثبت من جميع النسخ التى فى متناول أيدينا.

(٣) وفى "م": بالعدة واجبة.

(٤) وفى "م" و"ف": يصدق فى القضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه لما نوى الطلاق... إلخ.

(٥) وفى "ف": والتقرير.

(٦) أثبت من النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: بكل لفظة واحد.

واعتدّى، والمراد بقوله : فاعتدّى واعتدّى، الأمر بعدّة واجبة، صدّق قضاء، وإن أراد به تطليقة أخرى، أو لم ينو شيئًا، فهى أخرى. قال مشايخنا : وما ذكر محمد رحمه الله تعالى من الجواب[1]، أنه إذا لم ينوِ شيئًا، فهى طلقتان، فذاك مستقيم فى قوله : أنتِ طالق واعتدّى، تقع واحدة، غير مستقيم فى قوله : فاعتدّى، وينبغى أن يقع واحدة فى هذه الصورة، وإليه أشار فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى، وهو الصحيح.

٤٧٨٥- وفى "المنتقى" : إذا قال لها : اعتدّى يا مطلّقة! وعنى بقوله : اعتدّى الطلاق، فهى طالق تطليقتين، إحداهما بقوله : اعتدّى، والثانية بقوله : يا مطلّقة! فإن قال : نويت أنها مطلّقة بما لزمها من الطلاق باعتدّى، يدين فيما بينه وبين الله تعالى. ولو قال لها : بينى فأنتِ طالق، فهى طالق واحدة إذا لم ينو بقوله : بينى طلاقًا. ولو قال : حرّمت نفسى عليكِ فاستبرئى، ونوى بهما طلاقًا، فهى واحدة بائنة؛ لأنه لايقع على بائن، وكذلك إذا قال : نويت بقولى : حرّمت نفسى واحدة، وبقوله : فاستبرئى ثلاثًا فهى واحدة. ولو قال : لم أنوِ بقولى : حرّمت على نفسى شيئًا، وأردت بقولى : فاستبرئى واحدة أو ثلاثًا، فهو كما نوى.

٤٧٨٦- ولو قال لها : أنتِ [طالق][2] البتة، أو قال لها : أنتِ طالق بائنة، تقع تطليقة واحدة بقوله : أنتِ طالق، نوى الطلاق أو لم ينوِ. فبعد ذلك المسألة على خمسة أوجه : إن أراد بقوله : البتة أو البائن، صفة قوله : أنت طالق، ولم ينوِ شيئًا، فالواقع واحدة بائنة. وإن نوى بقوله : البتة أو البائن، طلاقًا آخر، كان كما نوى وطلّقت تطليقتين. ولو نوى بقوله : البتة تطليقتين سوى الأول، طلّقت تطليقتين، إحداهما بالكلام الأول، والثانية بالكلام الثانى. ولو نوى بقوله : البتة ثلاثًا، يقع ثلاث تطليقات، كما لو قال ابتداء : أنت بائن بتة. وفى "المنتقى" : لو قال : أنتِ طالق واحدة بائن، ونوى ثلاثًا فهى ثنتان : واحدة بالطلاق، وواحدة بالواحدة، ولو نوى بالبائن الثلاث فهى ثلاث -والله أعلم-.

نوع آخر فى بيان تفويض الطلاق إلى المرأة أو إلى الأجنبى بقوله: أمركِ بيدكِ، طلّقى نفسكِ أمرها بيدكَ طلّقها، وبيان أحكامه، وما يتصل به من المسائل:

٤٧٨٧- قال القدورى رحمه الله تعالى فى كتابه : إذا قال الرجل لامرأته : أمركِ بيدكِ،

---

(١) وفى "م" : فى الجواب.

(٢) هكذا فى "ف" و "ظ"، وكان فى الأصل : مطلقة.

ينوى الطلاق، فإن كانت تسمع فأمرها بيدها ما دامت فى مجلسها، وإن لم تسمع فأمرها بيدها إذا علمت، أو بلغها. والأصل فى هذا: أنّ الزوج يملك إيقاع الطلاق بنفسه، فيملك التفويض إلى غيره، ويتوقف [عمله][1] على العلم؛ لأن تفويض طلاقها إليها يتضمّن معنى التمليك؛ لأنها فيما فوّض إليها من طلاقها عاملة لنفسها دون الزوج، والإنسان فيما يعمل لنفسه يكون مالكًا، ولايكون نائبًا عن الغير، وعمل التمليكات يقف على علم من يقع التمليك منه، ولأجل ذلك اقتصر الجواب على المجلس كما فى سائر التمليكات، إلا أنّ هذا التمليك يفارق سائر التمليكات من حيث إنه يبقى إلى ما وراء المجلس إذا كانت غائبة، وسائر التمليكات من حيث لا تبقى إلى ما وراء المجلس؛ لأن هذا التمليك يتضمّن معنى [التعليق][2]، فإنّ الإيقاع وإن صدر من غير الزوج، إلا أنّ الوقوع مضاف إلى معنى من قِبل الزوج، فلا بدّ من اعتبار معنى التعليق، والتعليق لا يتوقّف على المجلس، فاعتبرنا معنى التعليق، فقلنا: ببقاء الإيجاب إلى ما وراء المجلس، إذا كانت غائبة، واعتبر معنى التمليك، فقلنا بالاقتصار على مجلس العلم، عملا بالدليلين بقدر الإمكان.

٤٧٨٨- ولو لم يرد الزوج بالأمر باليد طلاقًا، فليس بشيء إلا أن يكون فى حالة الغضب، أو فى حالة مذاكرة الطلاق، فلا يدين فى الحكم؛ وهذا لأن قوله: أمركِ بيدكِ يحتمل وجوهًا شتّى، ألا ترى أنه يحتمل أمركِ بيدكِ فى الخروج والانتقال، والمحتمل لوجوه شتّى لا يتيقَّن[3] بعض وجوهه إلا بالنيّة، ودلالة الحال تقوم مقام النية. وإن ادّعت المرأة نية الطلاق، أو أنه كان فى غضب، أو مذاكرة الطلاق، فالقول قوله مع اليمين، وتقبل بيّنة المرأة فى إثبات حالة الغضب، ومذاكرة الطلاق؛ لأنها قامت على معنى يشاهده الشهود، ولا تقبل بيِّنتها فى نيّة الطلاق؛ لأنها قامت على ما لا يشاهده الشهود، فلا يقبل إلا أن تقوم البيّنة على إقرار الزوج بذلك.

٤٧٨٩- ثم الأمر باليد قد يكون مرسلا، وقد يكون معلّقًا بالشرط، بأن قال: إذا قدِم فلان، فأمر امرأتى بيدها، أو قال: بيد فلان، فإن كان مرسلا، فهو على وجهين: إن كان مطلّقًا غير موقّت بوقت، فحكمه ما ذكرنا أنّ المفوض إليه إن كان يسمع، الأمر بيده ما دام فى ذلك المجلس، وإن لم يسمع أو كان غائبًا، فإنما يصير الأمر بيده إذا علم، أو بلغه الخبر،

---

(١) هكذا فى "ف" و "ظ"، وكان فى الأصل: علمه.

(٢) هكذا فى النسخ التى فى متناول أيدينا، وكان فى الأصل: التمليك.

(٣) وفى "ف" و "م": لا يتعين.

ويكون الأمر بيده ما دام فى مجلس العلم. والقبول فى المجلس ليس بشرط، ولكن إذا ردّ المفوض إليه ذلك، يرتدّ بردّه؛ وهذا لما ذكرنا أنّ الأمر باليد يتضمّن معنى التمليك، ومعنى التعليق والقبول فى التعليقات ليس بشرط، فاعتبرنا معنى التعليق، فلم يشترط القبول من المفوض إليه، واعتبرنا معنى التمليك[1]، فقلنا: يرتدّ بالرد، عملا بالمعنيين بقدر الإمكان.

٤٧٩٠- فأما إذا كان موقّتًا بوقت، فإن علم المفوض إليه بالأمر مع بقاء شىء من الوقت[2]، فله الخيار فى بقية الوقت، ولا يبطل بالقيام عن المجلس، وإن مضى الوقت قبل علم المفوض إليه بذلك، ينتهى الأمر؛ لأنه خصّ التفويض بزمان، فلايبقى تفويض بعد مضىّ ذلك الزمان.

٤٧٩١- وأما إذا كان الأمر معلّقًا بالشرط، فإنما يصير الأمر فى يد المفوض إليه إذا جاء الشرط، وإذا جاء الشرط فإن كان الأمر مطلقًا غير موقّت بوقت، صار الأمر بيده فى مجلس علمه، والقبول فى ذلك المجلس ليس بشرط، لكن يرتدّ بالردّ. وإن كان موقّتًا، فعَلِم المفوض إليه بالأمر مع بقاء شىء من الوقت، فالأمر فى يده ما دام ذلك الوقت باقيًا، فإذا مضى الوقت قبل العلم ينتهى الأمر.

٤٧٩٢- ثم إذا جعل أمرها بيدها، فاختارت نفسها فى مجلس علمها، بانت واحدة، وإن كان الزوج أراد ثلاثًا فثلاث. وإن نوى ثنتين، أو واحدة، أو لم يكن له نية فى العدد، فهى واحدة؛ لأن قوله: أمركِ بيدكِ من جملة الكنايات لافتقارها إلى النية، أو دلالة الحال، والواقع بالكنايات واحدة، إلا أن ينوى ثلاثًا، ولا يقع به ثنتان وإن نوى على ما عرف. وليس للزوج أن يرجع عن ذلك، ولا أن ينهى المفوض إليه عن الإيقاع؛ لما ذكرنا أنّ هذا التصرّف يتضمّن معنى التعليق، والتعليق لا يقبل الرجوع.

٤٧٩٣- ولو قال لها: أمركِ بيدكِ إلى عشرة أيام، فالأمر فى يدها من هذا الوقت إلى مضىّ عشرة أيام، فيحفظ بالساعات؛ وهذا لأن الأمر باليد مما يحتمل التوقيت، ألا ترى أنّ من قال لامرأته: أمركِ بيدكِ اليوم، لا يبقى الأمر بيدها بعد اليوم، فيعمل بحقيقته، ويجعل الأمر بيدها بعد اليوم [فيعمل][3] من هذا الوقت إلى تمام عشرة أيام. ولو أراد الزوج أن يكون الأمر بيدها بعد مضىٍّ عشرة أيام، دين فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين فى القضاء؛ لأنه

(١) وفى "ظ": معنى التعليق.

(٢) وفى "م": بالأمر يقع مع بقاء شىء من الوقت.

(٣) أثبت من "ظ".

بخلاف الظاهر . وهذا بخلاف ما ذكر فى طلاق العصام ، إذا قال لامرأته : أنتِ طالق إلى سنة ، فإنها تطلّق بعد مضىّ السنة ، إلا أن ينوى الوقوع للحال ؛ لأن الطلاق لا يحتمل التوقيت ، فيجعل هذا إيقاعًا بعد مضىّ السنة ، ولا كذلك الأمر باليد .

٤٧٩٤- وإذا قال : أمرك بيدكِ فى تطليقة[1] ، فهى تطليقة رجعية ؛ لأنه جعل أمرها بيدها فى تطليقة ، والتطليقة تعقبه الرجعة بالكتاب . وفى "المنتقى" : إذا قال لها : أمركِ بيدكِ فى ثلاث تطليقات ، فطلّقت نفسها واحدة أو ثنتين ، فهى رجعيّة . وإذا قال لها : أمركِ بيدكِ ، فاختارت نفسها تكلّموا فيه ، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى : المختار أنه يقع الطلاق ؛ لأن هذا أبلغ فى التفويض من جعل[2] أمرها بيدها ، وفى "البقالى" عن محمد رحمه الله تعالى : أنه لا يقع الطلاق .

٤٧٩٥- سئل الإمام نجم الدين النسفى رحمه الله تعالى عمّن قال لغيره : إن غبتُ عن هذه البلدة ، ومضى على غيبتى ستة أشهر ، فأمر امرأتى بيدكَ ، حتى تختلعها ببقيّة مهرها ونفقة عدّتها ، فغاب فلم يحضر حتى مضى هذه المدة؟ قال : هو توكيل مطلق ، حتى لا يبطل بالقيام عن المجلس ؛ لأنه بيان ذكر الأمر باليد ، لكن فسّره بما هو توكيل ، وهو أن يختلعها . وغيره من مشايخ سمرقند وبخارا أفتوا أنه تمليك ، حتى يبطل بالقيام عن المجلس ؛ لأنه صرّح بالأمر باليد وهو الصحيح .

٤٧٩٦- إذا قال لها : أمر ثلاث تطليقات بيدكِ إن ابرأتينى عن المهر ، فقالت : وكّلنى حتى أطلّق نفسى ، قال لها : أنتِ وكيلى حتى تطلّقى نفسك ، إن قامت عن المجلس خرج الأمر من يدها ، حتى لو طلّقت نفسها [لا يقع . وإن طلّقت نفسها][3] فى المجلس ، إن أبرأته عن المهر أو لايقع الطلاق ، وإن لم تبرئه لا يقع ؛ لأن التوكيل كان بشرط أن تبرئه عن المهر .

٤٧٩٧- رجل جرى بينه وبين امرأته كلام ، فقالت المرأة : [اللّهم نجّنى منه ، فقال الزوج : إن كنتِ تريدين النجاة فأمركِ بيدكِ ، وهو ينوى تطليقة واحدة ، فقالت المرأة :][4] طلّقت نفسى ألفًا ، فقال لها الزوج : نجوت ، لم يقع عليها شىء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ؛ لأنه فوّض إليها الواحدة ، وهى أتت بالثلاث ، ونظيره إذا قال لغيره : خواهى تا زنت

---

(١) هكذا فى "ب" و "ف" ، وكان فى الأصل و "ظ" : أمرك بيدك فى ثلاث تطليقة .

(٢) وفى "ب" و "ف" : من أن يجعل أمرها .

(٣) أثبت من جميع النسخ التى اعتمدنا عليها .

(٤) أثبت من "ب" و "ف" و "ظ" .

را طلاق كنم؟ فقال ذلك الغير : خواهم، فقال : دادمش سه طلاق، لا يقع شيء على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، لما ذكرنا، حتى إنّ فى المسألة الأولى لو قالت المرأة : طلّقت نفسى، وفى المسألة الثانية لو قال [ذلك][1] الرجل : داد مش طلاق، يقع طلقة واحدة عند الكل . وعن هذا قلنا : إنّ من وكّل الرجل أن يطلّق امرأته، فطلّقها الوكيل ثلاثًا، قلنا : إن كان الزوج نوى الثلاث يقع الثلاث، وإن لم يكن نوى الثلاث، لا يقع شيء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى .

٤٧٩٨- وفى "المنتقى" : إذا قال لامرأته : إن غبت عنكِ، ومكثت فى غيبتى يومًا أو يومين، فأمرك بيدكِ، فمكث فى غيبته يومًا، يصير الأمر بيدها . قال : وهذا على أول الأمرين، وكذلك هذا الحكم فى جنس هذه المسائل . وفيه أيضًا : رجل جعل أمر امرأته بيدها [فقال أبوها : قد قبلتها، طلّقت، وكذا لو جعل أمر امرأته بيدها][2]، فقالت : قبلت نفسى، طلقت . الناشزة قالت : اختلعت منكَ، فهى طالق، وكذا لو قال لها : اختارى، فقالت : اختلعت منكَ، فهى طالق، ذكر أحد هذا فى المتفرّقات .

٤٧٩٩- وإذا قال لامرأته : أمر نساءى بيدكِ، أو قال لها : طلّقى أيّةَ نساءى شئتِ، ليس لها أن تطلّق نفسها . ونحوه فى الأصل . فى "المنتقى" : فى "باب الأمر باليد" : إذا قال لامرأته : أمر امرأة من نسائى فى يدكِ، يعنى فى الطلاق، فطلّقت نفسها أو غيرها طلّقت، ولو قال لامرأته : طلّقى أى نساءى شئتِ، فطلّقت نفسها لم تطلّق . فى المنتقى فى "باب المشيئة" : إذا قال لامرأة له : طلّقى أى نساءى شئتِ، فلها أن تطلّق نفسها ومن شاءت من نساءه، وكذلك لو قال لعبد من عبيده : اعتق أيَّ عبيدى شئتَ .

٤٨٠٠- وفى "المنتقى" فى الباب الذى يلى باب الأمر باليد : إذا قال لامرأته : [طلّقى كل امرأة لى، ليس لها أن تطلّق نفسها، وفى "المنتقى" فى باب الأمر باليد : إذا قال لامرأته][3] : إن طلّقتِ امرأة من نساءى فهى طالق، فطلّقت نفسها، وباع العبد من نفسه، لم يجز .

٤٨٠١- رجل جعل أمر امرأته بيدها، فقالت للزوج : أنتَ علىّ حرام، أو أنت منّى بائن، أو أنا عليكَ حرام، أو أنا منكَ بائن، فهذا كله طلاق . ولو قالت : أنتَ حرام، ولم

---

(١) أثبت من "ب" و "ف" و "ظ" .

(٢) أثبت من "ب" و "ف" و "ظ" .

(٣) أثبت من "ب" و "ف" و "ظ" .

تقل : علىّ، أو قالت : أنت بائن، ولم تقل : منّى، فهو باطل. ولو قالت : أنا حرام، ولم تقل : عليكَ، أو قالت : أنا بائن، ولم تقل : منكَ، فهذا كله طلاق.

٤٨٠٢- وفى "المنتقى" : إذا قال لامرأته : طلّقى نفسكِ، فقالت : أنا حرام، أو خلية، أو برية، أو بتة، أو بائن، فهذا كله طلاق. فالأصل فى هذا أنّ كل شيء يكون من الزوج، طلاقًا فيما يقوله، إذا سألت المرأة فأجابها، فإذا أوقعت المرأة مثل ذلك على نفسها، بعد ما صار الطلاق فى يدها، يكون طلاقًا أيضًا.

٤٨٠٣- ولو قالت لزوجها : طلّقنى، فقال الزوج : أنتِ حرام أو أنتِ بائن، كان طلاقًا، وإذا قالت المرأة مثل ذلك، بعد ما صار الطلاق فى يدها، يكون طلاقًا أيضًا. ولو قالت لزوجها : طلّقنى، فقال لها : الحقى بأهلك، وقال : لم أنو الطلاق، كان مصدّقًا، ولا يقع الطلاق. فإذا قالت المرأة مثل ذلك، بعد ما صار الطلاق مفوضا إليها، بأن قالت : ألحقت نفسى بأهلى، لاتطلّق.

٤٨٠٤- وفى "فتاوى أهل سمرقند" : إذا جعل أمر امرأته بيدها، فقالت : أعطنى كذا إن طلّقتنى، فقال الزوج : لا أدرى ما هذا، فقالت المرأة : إن جعلت أمرى بيدى، فقد [طلّقت نفسى، لا تطلّق؛ لأنها لما تكلّمت بكلام زائد وهو قولها : أعطنى كذا إن طلّقتنى، وقولها : إن جعلت أمرى بيدى، فقد][1] قطعت المجلس. وفيه أيضًا : رجل قال لامرأته : أمر ثلاث تطليقاتك بيدكِ، فقالت له : لِمَ لاتطلّقنى بلسانكَ؟ ثم قالت : طلّقتُ نفسى، طلّقت؛ لأن قولها : لِمَ لا تطلّقنى بلسانكَ ليس برد للتمليك، فكان لها أن تطلّق نفسها بعد ذلك. وفيه نظر؛ لأنه يتبدّل به المجلس من حيث إنه كلام زائد، إن كان لا يريد به التمليك.

٤٨٠٥- فى "واقعات الناطفى" : إذا قال لامرأته : أمركِ بيدكِ، وأمر امرأتى الأخرى هذه بيدكِ، فقالت : قد طلّقتُ فلانة، ثم طلّقت نفسها، طلّقت؛ لأن بتطليق الأولى لم يتبدّل المجلس، ولم يوجد منها الردّ.

٤٨٠٦- سئل الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله تعالى عن رجل جعل أمر امرأته بيدها، على أنه إن غاب عنها شهرين فهى تطلّق نفسها متى شاءت، فغاب شهرين إلا يومًا، وحضر فى اليوم الآخر، فغيّبت المرأة نفسها، حتى مضت شهران، ثم طلّقت نفسها؟ فأجاب أن يقع الطلاق. وفيه نظر، تأمّل تعرف -إن شاء الله تعالى-.

٤٨٠٧- إذا جعل أمر امرأته بيدها على أنه متى غاب عنها عن بخارا، وعن المكان الذى

---

(١) أثبت من النسخ التى فى متناول أيدينا.

يسكنان فيه شهرين فهى تطلّق نفسها متى شاءت، فغاب عن بخارى شهرين، وكان ذلك قبل أن يبنى بها، فطلّقت المرأة نفسها، فقد قيل: بأنها لاتطلّق؛ لأن الغيبة عنها قبل البناء لا يتحقق؛ لأن الغيبة إنما تتحقق من الحاضر، وقبل البناء بها هو غائب عنها، فلا تتحقق الغيبة منها.

٤٨٠٨- إذا قال لامرأته: إن دخلت دار فلان فأمرك بيدكِ، فدخلت دار فلان، ثم طلّقت نفسها، إن طلّقت نفسها قبل أن تزايل المكان الذى فيه سميت داخلة طلّقت؛ لأنها طلّقت والأمر فى يدها، وإن مشت خطوتين ثم طلّقت نفسها، لاتطلّق؛ لأنها طلّقت نفسها بعد ما خرج الأمر عن يدها.

٤٨٠٩- رجل جعل أمر امرأته بيدها، فقالت: دست باز داشتم، ولم يقل: خويشين را، لا تبين، ولو قالت: عنيت نفسى إن كان المجلس قائمًا صدّقت؛ لأنها تملك الإنشاء، وإن تبدّل المجلس لا تصدّق. وإنما لم تبن فى الصورة الأولى؛ لأنها لم تصف الإبانة إلى نفسها، فصار كما لو قال لها: اختارى، فقالت: اخترت، هكذا ذكر فى "فتاوى الفضلى". وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: ينبغى أن يصدّق[1] استدلالا بمسألة الخلع، فإنه إذا قال للمرأة: خويشين خريدى، فقالت: خريدم، فقيل للزوج: فروختى؟ فقال: فروختم، تمّ الخلع، وإن لم توجد الإضافة إلى المرأة. ولا يستقيم الاستدلال بمسألة الخيار؛ لأنه ثمة لم توجد الإضافة إلى نفسها من الجانبين، حتى لو قال لها: اختارى نفسك، فقالت: اخترت، يقع الطلاق، وهنا وجد الإضافة إليها من جانب الرجل، حين جعل أمرها بيدها، وذلك كان لوقوع الطلاق، وسيأتى فى مسألة الخيار وتفاصيلها بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

٤٨١٠- ولو قالت: افگندم، يسأل ماذا افگندى؟ إن قالت: الطلاق تطلّق، وما لا فلا، وإن قالت: طلاق افگندم، تطلّق نوت الطلاق أو لا [وكذلك إذا قالت: أمر افگندم، تطلّق نوت الطلاق أو لا][2]؛ لأن هذا اللفظ بحكم العرف تعين لإيقاع الطلاق، يقال: زن فلان أمر افگندم، ويفهم فيما بين الناس أنها طلّقت نفسها.

٤٨١١- رجل جعل أمر امرأته بيدها، على أنه متى ضربها بغير جناية، فهى تطلّق نفسها متى شاءت، فخرجت من البيت بغير إذن الزوج فضربها، هل يصير الأمر بيدها؟ فقد قيل: لا يصير الأمر بيدها إن أوفى صداقها المعجل [وإن لم توفّ ذلك يصير الأمر بيدها؛ لأنه إذا

---

(١) وفى "ب" و"ف": أن يقع.

(٢) أثبت من "ظ".

لم يوفِّها[(١)] المعجِّل][(٢)] ، فلها أن تذهب إلى بيت أبيها من غير إذنه ، وتمنع نفسها لاستيفاء المعجل ، فلا يكون الخروج جناية .

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله تعالى يفتى بأنّ الأمر لايصير فى يدها ، من غير تفصيل ، وكان يقول : خروجها من البيت جناية مطلقًا ، إذ ليس لها ولاية الخروج عن بيت الزوج بغير إذن الزوج ، لمنع نفسها منه لأجل الصداق ، فإنه يمكنها منع نفسها عنه فى بيته ، والأول أصحّ . فقد ذكر القدورى فى شرحه فى "كتاب النكاح" : وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله ، حتى يوفِّيها جميع المهر . جعل أمرها بيدها حتى إنه متى ضربها بغير جناية ، فهى تطلِّق نفسها[(٣)] ، ثم قال لها الزوج : لعنت بر تو باد ، فقالت : لعنت خود بر تو باد ، تكلّموا فيه قال بعضهم : هذا ليس بجناية منها ؛ لأنها بائنة ، وليست ببادية ، وعامَّتهم على أنّ هذا جناية منها وهو الأصح ، إذ ليس فى هذا قصاص فى الشرع ، حتى لا يكون الثانى جانيًا . وعلى هذا إذا قال لها : اى مادر تو سياه ، فقالت المرأة : مادر تست سياه ، فعلى القول الأول هذا ليس بجناية ؛ لأنها بائنة ، والعامة تكلّموا فيما بينهم ، قال بعضهم : إن كانت أمّ الزوج حيّة ، فهذا ليس بجناية منها فى حقه ، وإن كانت أمّه ميتة ، فهذا جناية منها فى حقه . وبعضهم قالوا : لا يصير الأمر بيدها ، سواء كانت أمّ الزوج حية أو ميتة ؛ لأن الزوج ذكر الجناية مطلقة ، وما ذكر الجناية فى حقه ، ألا ترى أنها لو تركت الصلاة فى هذه الصورة فضربها ، لا يصير الأمر فى يدها لما قلنا . وشتمها أمها جناية ، سواء كانت حية أو ميتة ، وإن لم تكن جناية فى حقه إذا كانت أمّه حية ، إذا جعل أمرها بيدها على أنه متى ضربها بغير جناية ، فهى تطلِّق نفسها ، فلازمت الزوج لأجل الكسوة فضربها ، صار الأمر بيدها ؛ لأن هذه ليست بجناية ، فإنّ لصاحب الحق حق الملازمة ، ولو كانت تعلّقت به وأخذت لحيته ، فهذا منها جناية ، إذ ليس ذلك لها شرعًا .

٤٨١٢- ولو قالت له : خدايت مرگ دهد ، فهذا جناية منها ، وكذلك إذا قالت له : اى خداى نا ترس كافر ، فهذا جناية منها ، ولو قالت له : اى بدخو ، فإن كان كذلك فهذا ليس بجناية ، وإن لم يكن كذلك فهو جناية . ولو قال لها : لا تفعلى هكذا ، فقالت : خوش مى آرم ، إن كانت قالت ذلك فى فعل هو معصية ، فهذا منها جناية ، وإن كانت قالت فى فعل هو

---

(١) وفى "ظ" : لأنه إذا لم يوفها إن أوفى فى صداقها المعجل .

(٢) أثبت من جميع النسخ التى اعتمدنا عليها .

(٣) وفى "ف" و "م" : فهى طالق تطلق نفسها .

ليست بمعصية ، فهو ليس بجناية . ولو كشفت وجهها من غير محرم ، فقد قيل : هذا جناية ، وقد قيل : هذا ليس بجناية . والتكلم ورفع الصوت مع غير المحرم جناية بلا خلاف .

٤٨١٣ - وإذا جعل أمر امرأته بيد امرأة له أخرى ، ثم إنه طلّق المرأة المفوض إليها طلاقًا بائنًا ، أو خالعها لا يخرج الأمر من يدها ، ولو جعل أمرها بيدها ثم طلّقها طلاقًا بائنًا ، خرج الأمر من يدها ، ولو طلّقها واحدة رجعيّة بقى الأمر على حاله .

٤٨١٤ - وفى "الأمالى" : إذا قال لها : أمركِ بيدكِ إذا شئت ، ثم طلّقها واحدة بائنة ، ثم [تزوّجها][1] واختارت نفسها ، طلّقت عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافًا لأبى يوسف رحمه الله تعالى . ولو قال لها : إذا تزوّجتُ عليكِ امرأة ، فأمر تلك المرأة بيدكِ ، ثم خالعها ، أو طلّقها بائنًا ، أو ثلاثًا ، ثم تزوّج امرأة أخرى ، لا يصير أمرها بيدها . ولو قال لها : إذا تزوّجت امرأة فأمرها بيدكِ[2] ، ولم يقل : عليكِ ، ثم إنه طلّقها بائنًا ، أو ثلاثًا ، أو خالعها ، ثم تزوّج امرأة يصير أمرها بيدها . لأن فى الفصل الأول شرط التزوّج عليها ، وفى هذا الفصل التزوّج[3] مطلق . وإذا قال لها : إن تزوّجت عليكِ فى هذا النكاح ، فأمركِ بيدكِ [أو قال : فأمرها بيدكِ][4] ، ثم إنه طلّقها واحدة بائنة ، ثم تزوّجها ، ثم تزوّج امرأة أخرى ، لا يصير الأمر بيدها ؛ لأن الشرط إنما هو التزوّج عليها فى ذلك النكاح ، وهذا نكاح آخر .

٤٨١٥ - وإذا قال لها : إن دخلتِ الدار ، فأمركِ بيدكِ ، ثم طلّقها واحدة أو ثنتين ، لا يبطل الأمر . حتى لو تزوّجها ، ثم دخلت الدار صار الأمر بيدها ، سواء تزوّجها وهى فى العدّة ، أو تزوّجها بعد ما انقضت العدّة ، أو كانت غير مدخول بها . قيل : الرواية فى "المنتقى" إذا قالت لزوجها : طلّقنى ، فقال الزوج : من طلاق تو بدست تو نهادم ، فقالت : من خويشتن را طلاق دادم ، فقال الزوج : من نيز ترا طلاق دادم ، يقع تطليقتان ؛ لأن الواقع بكل إيقاع رجعى ، والرجعىّ يلحق الرجعى .

قال لآخر : اگر سهم من ندهى إلى وقت كذا ، أمر بدست من نهادى طلاق زن خويشتن را ، فقال : نهادم ، فلم يعطِ المال حتى مضى ذلك الوقت وقد تزوّج امرأة ، فليس لصاحب المال أن يطلّقها . ولو كان قال : اگر سهم من ندهى إلى وقت كذا ، أمر بدست من نهادى طلاق زنى

---

(١) هكذا فى النسخ التى تتوفر لنا ، وكان فى الأصل : طلقها .

(٢) وفى "م" : فأمر تلك المرأة بيدك .

(٣) وفى "م" : وفى هذا الفصل شرط التزوج .

(٤) أثبت من جميع النسخ التى فى متناول أيدينا .

را كه بخواهى، وباقى المسألة بحالها، فله أن يطلّقها؛ لأن قوله: زن خويشتن، يُطلَق[1] على امرأة يريد أن يتزوّجها، ولا يطلق على التى تزوّجها، وتفويض طلاق امرأة يريد أن يتزوّجها لا يصحّ، ونظير هذا اسپ سوار شويد، فإنّ هذا اللفظ فى العرف يطلق على فرس يريد أن يركبها لا محالة.

٤٨١٦- رجل جعل أمر امرأته بيدها، على أنه إن لم يعطها كذا فى وقت كذا، فهى تطلّق نفسها متى شاءت، فمضى ذلك الوقت، وطلّقت نفسها متى شاءت، ثم اختلفا فقال الزوج: أعطيتها فى ذلك الوقت، وأنكرَت المرأة ذلك، فالقول قول الزوج فى حق الطلاق، حتى لا يحكم بوقوع الطلاق عليها؛ [لأنها منكرة وصول ذلك الشيء إليها][2]، فالقول قول المرأة فى حق عدم وصول ذلك الشيء إليها؛ لأنها منكرة وصول ذلك الشيء إليها.

٤٨١٧- أصل المسألة مسألة ذكرها فى "المنتقى"، وصورتها: رجل قال لأب امرأته: إن لم آتِكَ أربعين يومًا، فأمر امرأتى بيدكَ، فإذا مضى أربعون يومًا بلياليها من الساعة التى تكلّم فيها، فأمرها بيده ما دام فى مجلسه، فإن قال الزوج بعد ذلك: قد أتيتكَ، وقال أب المرأة: لم تأتنى، فالقول قول الزوج؛ لأنه ينكر صيرورة الأمر بيده. ونظير هذا مسألة "الجامع الصغير" إذا قال الرجل: عبدى حرّ إن لم أحجّ العام، فمضى العام، فقال المولى: حججت، وقال العبد: لم تحجّ، فالقول قول المولى؛ لأنه ينكر العتق.

٤٨١٨- وعلى هذا إذا جعل أمرها بيدها، على أنه متى ضربها بغير جناية فهى تطلّق نفسها، فضربها، ثم اختلفا، فقال الزوج: ضربتها بجناية، فالقول قول الزوج لما ذكرنا. وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "كتاب الكفالة" مسألة تدلّ على أنّ القول قول المرأة، وصورتها: رجل قال لغيره: إن مات فلان قبل أن يعطيكَ الألف التى لك عليه، فأنا كفيل بها، ثم وقع الاختلاف بين الكفيل وبين الطالب بعد موت المطلوب، فقال الطالب: لم يعطنى، وصرت كفيلا، وقال الكفيل: قد أعطاك. ذكر أنّ القول قول الطالب، وهذا استحسان؛ لأنه ينكر الاستيفاء.

فإن قيل: إن كان ينكر الاستيفاء صورة، يدّعى الكفالة على الكفيل معنى، والكفيل ينكر الكفالة فلم كان اعتبار الصورة أولى من اعتبار المعنى؟ ألا ترى أنّ من قال لعبده: إن لم أدخل الدار اليوم، فأنت حر، فمضى اليوم، فقال العبد: لم تدخل وعتقت، وقال المولى: لا

---

(١) وفى "م": ينطلق.

(٢) أثبت من النسخ التى اعتمدنا عليها.

بل دخلت، ولم تعتق، فالقول قول المولى؛ لأنه يدّعى الدخول، ينكر ثبوت العتق، فكان منكرا معنى إن كان مدّعيا صورة، كذا ههنا.

والجواب وهو الأصل فى جنس هذه المسائل: أنه متى أمكن اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف صورة، لا يعتبر المنازعة من حيث المعنى، وفى مسألة الكفالة أمكن اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف من حيث الصورة؛ لأن الاختلاف من حيث الصورة وقع فى إيفاء الدَّين، والمنازعة فى إيفاء الدَّين معتبرة فى الجملة، فيكون القول قول من ينكر الإيفاء، ألا ترى أنه لو لم يكن بالمال كفيل، ووقع الاختلاف بين ربّ الدين وبين المديون فى الإيفاء، كان القول قول ربّ الدَّين؟ فهو معنى قولنا: أمكن اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف [من حيث الصورة، فلا يعتبر المنازعة من حيث المعنى، لاعتبار الصورة الطالب منكر، وفى مسألة اليمين تعذّر اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف][1] فيه صورة، وهو الدخول وعدم الدخول. ألا ترى أنه لو وقعت المنازعة فى الدخول وعدم الدخول ابتداء، من غير أن يكون فيه تعليق، لا يعتبر المنازعة أصلا، فاعتبرنا المنازعة فى المعنى، ومن حيث المعنى المولى ينكر العتق. وخرج على هذا مسألة "الجامع الصغير"؛ لأن هناك تعذّر اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف صورة، وهو الحجّ، ألا ترى أنه لو وقع الاختلاف فيه ابتداء من غير أن يكون فيه تعليق العتق، لايعتبر المنازعة فيه أصلا، فاعتبرنا المنازعة من حيث المعنى.

جئنا إلى مسألة الأمر باليد فنقول: أمكن اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف (صورة)، وهو إعطاء النفقة وعدم إعطاءها، ألا ترى أنه لو وقع الاختلاف فيه ابتداء، بأن قال الزوج للمرأة: أعطيت نفقتكِ، وقالت المرأة: لم تعطِنى، كان القول قول المرأة، فقد أمكن اعتبار المنازعة [فيما وقع فيه الاختلاف صورة، وباعتباره الصورة المرأة منكرة، ويكون القول قولها. امرأة[2]] قالت لزوجها: تريد أن أطلّق نفسى؟ فقال الزوج: نعم، فقالت: طلّقت نفسى، ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى فى باب الشين: أنها تطلّق من غير تفصيل. وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": ذكر المسألة على التفصيل، إن نوى الزوج التفويض يقع، وإن نوى الردّ يعنى طلّقى إن استطعت، لا تطلّق، وعلى قياس مسألة الأمان المذكور فى "السير" ينبغى أن يقال: إن غيّر[3] الزوج النغمة فى قوله: نعم، بحيث يعلم أنه أراد به

(١) أثبت من "م".

(٢) أثبت من جميع النسخ التى فى متناول أيدينا.

(٣) وفى "م": عنى.

الاستهزاء أو الردّ، لا تطلّق.

٤٨١٩- وذكر فى "طلاق الجامع": إذا قال الرجل لغيره: أمر امرأتى بيد الله ويدكَ، وهو يريد الطلاق، فطلّقها الرجل، وقع الطلاق؛ لأن اسم الله تعالى فى مثل هذا إنما يذكر للتبرك به عند افتتاح الكلام، على هذا استعمال الناس، وقد تأيّد ذلك بالكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوْا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّنْ شَيْءٍ فَأَنَّ للهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُوْلِ﴾[1]، ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف، فيكون هذا تفويضًا للطلاق إلى من خاطبه وحده، فإذا أوقع يقع.

٤٨٢٠- وإذا قال: أمر امرأتى بيدى ويدك، أو قال: جعلت أمرها بيدى ويدك، فطلّقها المخاطب، لم يجز طلاقه، إلا أن يجيزه الزوج؛ لأنه ما جرت العادة بذكر المتصرف نفسه ابتداء للتبرّك، فلا بد وأن يجعل ذكر المتصرف على نفسه على وجه يخرج من أن يكون لغوًا، وذلك بأن يحمل بأن مراده من هذا أنه لا يتصرّف المخاطب على وجه الاستبداد بخلاف الفصل الأول.

٤٨٢١- وفى "الجامع" أيضًا: إذا قال الرجل لرجل: أمر امرأتى بيدكَ، فطلّقها الوكيل قبل أن يقوم عن المجلس، فهى واحدة بائنة، إلا أن ينوى الزوج ثلاثًا، فيكون ثلاثًا. ولو قام الرجل عن مجلسه قبل أن يطلّقها، بطل الأمر؛ لأن بقول الزوج طلّقها عقيب قوله: أمر امرأتى بيدك، علم أنه أراد بما سبق جعل الأمر إليه فى الطلاق، فكان هذا تفويض الطلاق إليه، والتفويض مقصور على المجلس. وكذا لو قال: طلّقها فأمرها بيدك، كان هذا وما تقدّم سواء.

٤٨٢٢- ولو قال له: طلّق امرأتى، فقد جعلت [ذلك إليك، أو قال: جعلت][2] طلاق امرأتى إليك فطلّقها، فهذا والفصل الأول سواء، يريد به أنه يقتصر على المجلس. وإذا طلّقها فى المجلس، كان الواقع رجعيًا، بخلاف الفصل الأول؛ لأن فى الفصل الأول التفويض[3] حصل بقوله: أمر امرأتى بيدك، وإنه من جملة الكنايات، فيكون المفوّض إليه تطليقة بائنة، والتفويض هنا حصل بقوله: طلّقها وإنه صريح الطلاق، وقوله: فقد جعلت ذلك إليك إشارة إلى ما سبق ذكره، والذى سبق ذكره صريح الطلاق، فكأنه قال: جعلت إليك صريح الطلاق، وقوله: فقد جعلت ذلك فطلّقها، ولو نصّ على ذلك كان المفوّض إليه طلقة رجعيّة،

---

(١) الأنفال: ٤١.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) وفى "م": التفويض ههنا.

كذا ههنا .

٤٨٢٣- وفى "المنتقى" : إذا قال لغيره : طلّق امرأتى ، فقد جعلت أمرها بيدكَ ، فهذا توكيل تطليق فى المجلس وغيره ، والطلاق رجعىّ . ولو قال : جعلت أمرها بيدك فطلّقها ، فهذا على المجلس ، والطلاق بائن . ولو قال له : طلّق امرأتى وقد جعلت أمرها بيدكَ ، فإن طلّقها فى المجلس ، طلّقت تطليقتين لا يملك الرجعة بعد ذلك ، ولو قام عن مجلسه وطلّقها يقع واحدة رجعيّة ؛ لأن قوله : طلّق امرأتى توكيل بصريح الطلاق ، وقوله : قد جعلت أمرها بيدك هذا تفويض آخر ليس بحكم الأول ؛ لأن حرف "الواو" لا يحتمل ذلك ، وقد صار الحال حال مذاكرة الطلاق بما سبق ذكره ، وهو قوله : طلّق امرأتى ، فكان هذا توكيلا بصريح الطلاق ، وقوله تفويضًا للطلاق إليه ، فإذا قال فى المجلس : طلّقها ، صار جوابًا لها ، ولا رجعة مع البينونة ، فلهذا قال : وقعت تطليقتان لا يملك الرجعة . وإذا قام عن المجلس بطل التفويض وبقى التوكيل بصريح الطلاق ، فيقع به واحدة رجعية ، إلا أن ينوى الزوج الثلاث ، فحينئذٍ يقع الثلاث ؛ لأن هذا أمر بالطلاق ، وإنه يحتمل الثلاث . وكذلك الجواب فيما إذا قال له : جعلت أمرها بيدك وطلّقها ، جعل قوله : وطلّقها فى هذه الصورة تفويض مبتدأ ، حتى إذا طلّقها فى المجلس تطلّق [ثنتين ، وفيما إذا قال له : جعلت أمرها بيدك فطلقها ، لم يجعل قوله : فطلّقها مبتدأ ، حتى إذا طلّقها فى المجلس ، تطلّق][1] واحدة[2].

والفرق : أنّ حرف الفاء للتعقيب والوصل ، فإذا قال : فطلّقها ، فقد جعل الثانى حكمًا للأول وتفسيرًا له ، وحكم الشىء يعقب ذلك الشىء ، وقوله : فطلّقها يصلح حكمًا وتفسيرًا لقوله : أمر امرأتى بيدك ، وقوله : أمر امرأتى بيدك يصلح علة للطلاق ، ولهذا لو نص عليه يصح ، ولما كان هكذا صار كأنه قال : طلّق امرأتى ؛ لأنى فوّضت طلاقها إليك ، ولو نص على هذا لم يكن ذلك تفويضًا مبتدأ ، فههنا كذلك . وهذا المعنى لا يتأتى[3] فيما إذا ذكره بحرف الواو ، فيقع على حقيقته ، وحقيقته تقتضى أن يكون تفويضًا مبتدأ .

٤٨٢٤- ولو قال له : طلّق امرأتى فأبِنها ، فهذا على المجلس وغيره ؛ لأن هذا توكيل وليس بتمليك ، إذ ليس فيه تفويض الأمر إليه ، ولا جعل ذلك منوطًا بمشيئته ورأيه نصًا أو

---

(١) أثبت من "ظ" .

(٢) أثبت من "م" .

(٣) وفى "م" : لا ينافى .

معنًى، بل هو مطلق استعانة، وما هذا سبيله فهو توكيل، والوكيل[1] بالإيقاع يملك الإيقاع فى المجلس أو بعده، فإن طلّقها فى المجلس أو بعده كانت تطليقة بائنة؛ لأن الفاء للوصل والتعقيب، وما تتصل الصفة بالأصل، فكان معناه فأبنها[2] بتلك التطليقة، فيكون توكيلا زائدًا بإيقاع تطليقة واحدة بائنة.

٤٨٢٥- وكذلك الجواب فيما إذا قال: أبِنها فطلّقها، ولو قال: طلِّقها وأبِنها، أو قال: أبِنها وطلِّقها، فطلَّقها فى المجلس وبعد القيام عن المجلس طلِّقت تطليقتين بائنتين؛ لأن العطف بحرف الواو لا يصلح لبيان الحكم والعلة على ما مرّ، فصار جمعًا لأمرين: أحدهما صريح، ولا تمليك فى واحد منهما، بل كل واحد منهما توكيل، فلم يقتصر على المجلس، فإذا طلّقها صار جوابًا لها، فيقع تطليقتان، ولايظهر حكم[3] الرجعة مع وجود الإبانة، فلهذا قال: طلّقت تطليقتين، لا يملك الرجعة بعدها.

٤٨٢٦- وإذا قال لها: أمرك بيدك يومًا، أو شهرًا، أو سنة، فلها الأمر من تلك الساعة إلى استكمال المدة التى ذكر، ولا يسقط بالقيام عن المجلس ولا بشىء آخر، وهذا لما ذكرنا أنّ فى هذا التفويض معنى للتعليق، والتوقيت يلائم التعليق، فصحّ التوقيت من حيث إنه يتضمن التعليق، وإذا صح التوقيت صار الطلاق بيدها فى هذه المدة، فلو بطل الأمر بعد ذلك؛ لقيامها عن المجلس أو بشىء آخر، لم تكن للتأقيت حينئذٍ فائدة. ويكون الشهر ههنا بالأيام؛ لأن التفويض حصل فى بعض الشهر، فلا يمكن اعتبار الأهلة فيه، فيعتبر الأيام بالإجماع.

٤٨٢٧- ولو عرف فقال: هذا اليوم، أو قال: هذا الشهر، أو قال: هذه السنة، كان لها الخيار فى بقية اليوم، والشهر، والسنة، ويكون الشهر ههنا على الهلال. وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى إذا قال لها: أمركِ بيدكِ هذا اليوم، فهذا على اليوم كلّه، ولو قال: فى هذا اليوم، كان على مجلسها؛ لأن فى الفصل الأول جعل كل اليوم وقتًا للأمر باليد، فعمّ الوقت، وفى الفصل الثانى جعل الأمر بيدها فى جزء من اليوم؛ لأنه جعل اليوم ظرفا، وذلك لا يقتضى التعميم، فإنّ الظروف قد تشغل جزء من الظرف، ألا ترى أنه لو قال: لله علىّ صوم عمرى يلزمه صوم العمر، ولو قال: فى عمرى، يلزمه صوم يوم[4] من العمر، فبهذا تبيّن لك

---

(١) وفى "ظ": والتوكيل.

(٢) هكذا فى "ظ"، وكان فى الأصل: قائمًا.

(٣) وفى "م": حق الرجعة.

(٤) وفى "م": صوم يوم العمر من العمر.

الفرق بين اللفظين .

٤٨٢٨- وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : إذا قال لها : أمرك بيدك رأس الشهر ، كان الأمر بيدها الليلة التي يهلُّ فيها الهلال ، ومن الغد إلى الليل . ولو قال لها : أمركِ بيدكِ في رأس الشهر ، كان لها مجلسها حتى تغرب الشمس[١] . قال : ألا ترى أنه لو قال لها : أمركِ بيدكِ غداً كان له الغد كله ، ولو قال : في غد ، كان على المجلس حتى تغرب الشمس من الغد؟ وذكر إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى ما يخالف هذا ، فقد روى عنه إذا قال لها : أمركِ بيدكِ رمضان ، أو قال : في رمضان فهما سواء ، والأمر في يده في رمضان كله ، وكذلك إذا قال لها : أمركِ بيدكِ غداً ، أو في غد ، فهما سواء .

٤٨٢٩- وفي "القدوري" : روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال لها : أمركِ بيدكِ إلى رأس الشهر ، فلها أن تطلّق نفسها مرّة واحدة في الشهر ، وليس لها أن تطلّق أخرى في الشهر ؛ لأنه جعل الشهر وقتًا للطلاق ، فإذا طلّقت مرة واحدة فقد استوفت ما جعل إليها ، فلا يملك إيقاع العدد ، ولا يخرج الأمر من يدها بتبدّل المجلس ؛ ليكون التأقيت مقيّدا . ولو قالت : اخترت زوجي ، بطل خيارها في اليوم ، ولها أن تختار نفسها من الغد في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : خرج الأمر من يدها في الشهر كله .

ذكر القدوري الخلاف في هذه المسألة على هذا الوجه ، وذكر هذا الخلاف في مثل هذه المسألة على عكس هذا ، وصورتها : إذا قال لها : أمركِ بيدكِ [هذا الشهر][٢] ، فاختارت زوجها ، أو قالت : لا أختار الطلاق ، خرج الأمر من يدها في جميع الشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : لا يبطل خيارها في مجلس آخر . وجه[٣] قول من قال بأنّ خيارها لا يبطل في مجلس آخر ، أنّ ردّها كقيامها عن المجلس . [وإذا قال : لم يبطل قيامها اختيارها في المجلس الثاني ، كذا الرد . وجه قول من يقول : يبطل خيارها[٤] في المجلس الثاني ، الأمر متحد في نفسه ، وقد صادفه الردّ صريحًا ، فيبطل في نفسه ، بخلاف القيام عن المجلس][٥] ؛ لأنه ليس برد صريحًا ، وإنما هو امتناع عن الاتحاد ، فبقى

---

(١) وفي "م" : حتى احمرت الشمس .

(٢) أثبت من "ظ" و"م" .

(٣) وفي "ب" : فيه وجه قول . . . إلخ .

(٤) وفي "ب" و"م" : وجه قول من يقول : ببطلان الخيار في المجلس .

(٥) أثبت من النسخ التي كانت في متناول أيدينا .

فى نفسه إذ لو لم يبقَ فى نفسه، لم يكن التأقيت مفيداً.

٤٨٣٠- ولو قال لها: أمرك بيدكِ اليوم وبعد غد، لم تدخل الليلة فى ذلك، حتى لو اختارت نفسها فى الليل لا يقع، وإن ردت الأمر فى يومها بطل أمر ذلك اليوم، وكان لها الأمر بعد غد. ولو قال لها: أمرك بيدكِ اليوم وغداً، دخلت الليلة تحت الأمر، وإن ردّت الأمر فى يومها ذلك لم يكن لها الأمر فى غد، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى المسألة فى "الجامع الصغير". وإنما لم تدخل الليلة فى الفصل الأول؛ لأن كل واحد من اليومين ذكر مقصوده منفرداً، واليوم المنفرد لايتبع ما بإزاءه من الليل وإنما دخلت الليلة فى الفصل الثانى؛ لأنه جمع بين اليوم والغد فى الفصل الثانى بحرف الجمع، فنزل منزلة الجمع بلفظ الجمع، فكأنه قال: يومين، وهناك تدخل الليلة، لما عرف أنّ اسم اليومين يستتبع الليلة. وإنما كان لها الأمر بعد الغد فى الفصل الأول؛ لأن فى الفصل الأول الموجود[1] أمران؛ لأن بمجىء الغد ينقطع الأمر الأول، لما لم يدخل الليلة فى الأمر، والأمر إذا انقطع لايعود إلا بتجديد الأمر، فاقتضى ما ذكرنا، وبعد الغد مقطوعًا عن اليوم أمر آخر حتى يصح العطف، فثبت أنّ الأمر متعدد، وإبطال أحدهما لا يكون إبطالا للآخر، كما لو قال لها: أمرك بيدكِ اليوم، وأمرك بيدكِ بعد غد. بخلاف المسألة الأولى على قول من يقول ببطلان الخيار فى جميع الشهر إذا قالت: اخترت زوجى؛ لأن هناك الأمر واحد؛ [لأن الوقت واحد][2]، لم يتخلّله وقت لا خيار فيه، ولهذا دخلت الليالى، وإذا كان الأمر واحداً، فإذا بطل بالرد لا يبقى نفسه، أما فى الفصل الثانى الموجود أمر واحد؛ لأنه جمع بين الغد واليوم بحرف الجمع، فصار كأنه جمع بينهما بلفظ الجمع، وهناك يكون الأمر واحداً[3]، فههنا كذلك. فإذا أبطلته فى اليوم بطل فى نفسه.

٤٨٣١- وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال لها: أمرك بيدكِ اليوم وغداً وبعد غد، فردّت الأمر اليوم، بطل خيارها فى اليوم، وكان لها الخيار غدا، وكذلك إن ردّت الأمر اليوم وغداً، فلها الخيار بعد الغد، ثم رجع عن هذا وقال: إذا ردّت الأمر بطل خيارها كله. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لها: أمرك بيدكِ هذه السنة واختارت نفسها، ثم تزوّجها لم يكن لها الخيار فى باقى السنة؛ لأن الأمر واحد، إلا أنه ممتد، فإذا

---

(١) وفى "م": فى الموجود.

(٢) أثبت من جميع النسخ التى فى أيدينا.

(٣) وفى "ب": يكون الأمر واحد؛ لأنه جمع بين الغد، فهنا.

استوفت مرة لا يبقى فى نفسه . قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : [وقياس قول أبى حنيفة][١] أن يثبت لها خيار آخر، ولم يظهر لنا وجه القياس . ولو طلّقها زوجها واحدة، ولم يكن دخل بها، ثم تزوّجها فى تلك السنة، فلها الخيار فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ؛ لأنها لم تستوفِ موجب الخيار، وتطليقات ذلك الملك باقية، فيبقى موجب التخيير . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : لا خيار لها ؛ لأن الزوج أزال بنفسه عين ما جعل إليها إزالته، فيخرج الأمر من يدها، كالموكل فى البيع إذا باع عين ما وكل بيعه . غير أنّ هذا مشكل ؛ لأن التخيير ينصرف إلى تطليقات هذا الملك، فإذا بقى شىء من تطليقات هذا الملك، يبقى [موجب][٢] التخيير مراداً .

٤٨٣٢- إذا قال لها : يوم يقدم فلان، فأمركِ بيدكِ، فقدم فلان نهاراً، فلم تعلم به حتى جنّ الليل، فلا خيار لها . ولو قال لأجنبيّة : يوم أتزوّجكِ فأنت طالق، فتزوّجها ليلة، يحنث فى يمينه . فجعل اليوم فى مسألة الأمر عبارة عن بياض النهار، وفى مسألة التزويج[٣] جعله عبارة عن مطلق الوقت، والفقه[٤] فى ذلك : أنّ اليوم لغة يستعمل لمطلق الوقت، فيحتمل الليل والنهار جميعًا، ويستعمل أيضًا فى بياض النهار خاصة، والنهار لا يستعمل إلا فى البياض، والليل لايستعمل إلا فى السواد، هذا هو المشهور عن أهل اللغة، غير أنّ الناس تعارفوا استعمال اليوم فى مطلق الوقت إذا قرن بفعل لا يمتد، تعارف استعمال اليوم فى بياض النهار[٥] إذا قرن بفعل ممتد، واستعمال الناس حجة يجب العمل بها ؛ فيحمل ذكر اليوم على مطلق الوقت عند اقترانه بفعل لايمتد، كما فى مسألة النكاح ؛ فإنّ التزوّج لا يمتد، ولهذا لا يضرب له مدة، ويحمل ذكر اليوم على بياض النهار، وعند اقترانه بفعل يمتد كما فى الأمر باليد، فإنّ الأمر باليد مما يمتد، ولهذا يضرب له مدة [ولا يحمل ذكر اليوم على بياض النهار عند اقترانه "إلى "][٦]، فيقال : جعل فلان أمر امرأته بيده شهراً، وأشباه ذلك، فإذا حمل على

(١) أثبت من جميع النسخ الموفرة لنا .

(٢) هكذا فى النسخ البواقى عندنا، وكان فى الأصل : هذا التخيير .

(٣) وفى "م" : التزوج .

(٤) وفى "ب" و"ف" و"م" : والأصل .

(٥) وفى "م" و"ف" : لبياض النهار .

(٦) هكذا فى "ظ" .

بياض النهار صار الأمر موقتًا ببياض النهار، فلا يبقى بعد ذهاب البياض، وإن علم به بعد ذهاب البياض، فإنما علمت به [بعد انتهاءها](١)، فلهذا لا يكون لها الخيار.

٤٨٣٣- وفى "المنتقى": إذا قال لها: إذا أهلّ الهلال فأمرك بيدكِ، فإن علمت أنّ الهلال قد أهلّ، ولم تختر نفسها فى ذلك المجلس، خرج الأمر من يدها. وإن جاءت بعد الهلال بأيام وقالت: لم أعلم به، فإن جاءت بأمر أرى أنها فيه صادقة، حلفتها على ذلك، وقبلت قولها، والأمر بيدها، وإن جاءت بأمر أرى أنها كاذبة فيه، لم أقبل قولها.

٤٨٣٤- وفيه أيضًا، إذا قال لها: أمركِ بيدكِ على أن لا تأتين البصرة، أو على أن لاتخرجى من مصركِ، أو ما أشبه ذلك، فهذا كله على القبول، فإذا قبلت، ثم اختارت نفسها طلِّقت.

٤٨٣٥- وكذلك لو قال لها: على أن تؤدى إلىّ ألف درهم، أو قال: على أن تؤدى إلىّ كل يوم درهمًا، أو على أن تعمل فى حاجتى، يشترط شيئًا مجهولا، فهذا على القبول، وإذا قبلت واختارت نفسها وقع الطلاق، وردّت مهرها الذى أخذت منه، إلا فى قوله: ألف درهم. ولو قال: أمرك بيدك إن لم تخرجى اليوم من منزلك فهذا يمين، ولا يحتاج إلى القبول، ويكون الأمر بيدها حتى تغرب الشمس إن لم تخرج من منزلها، فإذا غربت(٢) الشمس خرج الأمر من يدها.

٤٨٣٦- إذا قال لها: أمركِ بيدكِ كلما شئت، فلها أن تختار نفسها كلما شاءت فى ذلك المجلس وغيره، حتى تبين بثلاث؛ لأن كلمة "كلما" تقتضى تكرار الأفعال، فيتكرّر التفويض بتكرّر المشيئة، إلا أنها لا تطلّق نفسها فى كل مجلس أكثر من واحدة؛ لأن كلمة "كلما" اقتضت التكرار [صار كأنه](٣) قال لها فى كل مجلس: أمركِ بيدكِ، فإذا اختارت نفسها مرة، فقد استوفت موجب ذلك الأمر من التطليقة، فإنما يتجدّد لها الملك عند مشيئة مستقبلة. فإذا استوفت ثلاث تطليقات ثم عادت إليه بعد التزوّج، فلا خيار لها؛ لأنها استوفت ذلك الملك لتمامه، والمفوّض إليها ذلك، إذ هو المملوك للزوج، هكذا ذكر المسألة فى بعض الكتب. وفى "الجامع الصغير": ليس لها أن تطلّق نفسها ثلاثًا، بكلمة واحدة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى

---

(١) هكذا فى "ف" و"م"، وكان فى باقى النسخ التى عندنا: بعد إثباتها.

(٢) وفى "ظ": غابت.

(٣) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: أصالة.

[إما لأنه فوّض إليها الواحدة فى كل مشيئة، أو][١] لأنه فوّض إليها المشيئة مرة بعد[٢] مرة، فإذا شاءت الثلاث بكلمة واحدة لم يقع شيء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما تقع واحدة، كما لو قال لها: طلّقى نفسك واحدة، فطلّقت نفسها ثلاثًا.

٤٨٣٧- ولو قال لها: أمركِ بيدكِ إذا شئتِ، أو متى شئتِ، فلها أن تختار نفسها مرة واحدة فى ذلك المجلس وغيره، وأما الاقتصار على المرّة؛ لأن "إذا" و"متى" لاتقتضيان التكرار، وأما التعدى إلى ما بعد المجلس؛ لأن كلمة "إذا" و"متى" توجبان تعميم الوقت، فقد جعل لها مشيئة عامة فى الأوقات كلها، كأنه قال لها: فى أي وقت شئت. ولو اختارت زوجها خرج الأمر من يدها؛ لأنها ردّت ما جعل إليها [هذه الجملة من "القدورى"][٣].

٤٨٣٨- ولو قال لامرأته: أمر فلانة بيدك، لتطلّقيها متى شئت، فهذه مشورة والأمر بيدها فى ذلك المجلس، ذكره فى "المنتقى". وذكر فى "الأصل" إذا قال الرجل لغيره: قل لامرأتى: أمركِ بيدكِ، لا يصير الأمر بيدها ما لم يقل المأمور لها: أمركِ بيدكِ، وجعل [هذا][٤] من الزوج أمرًا بالتفويض، لا أمرًا بالإخبار عن كون الأمر فى يدها؛ لأنه لا يمكن أن يجعل هذا أمرا بالإخبار؛ لأن الأمر بالإخبار يقتضى وجود المخبر عنه أولا، وما وجد من الزوج لا يصلح لتفويض الأمر إليها، ليجعل تفويضًا من الزوج أولا، ثم أمرًا بالإخبار؛ لأن التفويض إلى الغائب لايثبت بقولك: أمرك بيدك، وإذا تعذّر أن يجعل هذا أمرًا بالإخبار، جعلناه أمرًا بالتفويض. وبمثله لو قال لغيره: قل لامرأتى أنّ أمرها بيدها، يصير الأمر فى يدها قبل الإخبار، وجعل ذلك أمرًا بالإخبار عن كون الأمر [بيدها، لا أمرًا بالتفويض إليها؛ لأنه أمكن أن يجعل ذلك أمرًا بالإخبار، بأن قول الزوج أنّ أمرها بيدها يصلح لتفويض الأمر][٥] إلى الغائبة، فيجعل تفويضًا من الزوج أولا، ثم أمرًا بالإخبار، كما هو حقيقة اللفظ؛ لأن قولها أمرها بيدها حقيقة فى الإخبار عن كون الأمر بيدها.

٤٨٣٩- وفى "الأصل" أيضًا: إذا قال لها: أمركِ بيدكِ، ثم قال لها: أمركِ بيدكِ بألف درهم، فقالت: اخترت نفسى، فهى بائنة بتطليقتين، والألف لازم لها.

(١) هكذا فى "م".

(٢) وفى "م": بعد أخرى مرة.

(٣) أثبت من "م".

(٤) هكذا فى النسخ التى فى متناول أيدينا، وكان فى الأصل: ذلك.

(٥) أثبت من "ظ" و"م".

٤٨٤٠- وفيه أيضًا: إذا جعل أمرها بيد صبى أو مجنون، فليس له أن يخرجه منه، ويتقيّد بالمجلس. ولو جعل أمرها بيد رجلين، فطلّقها أحدهما لم يجز؛ لأن هذا أمر يحتاج فيه إلى الرأى، وقد رضى برأيهما، والراضى برأى اثنين لا يكون راضيًا برأى الواحد. وهذا بخلاف ما لو قال لهما: طلّقا امرأتى، فطلّقها أحدهما، فإنه يجوز؛ لأن هذا أمر لا يحتاج فيه إلى الرأى.

٤٨٤١- وفى "المنتقى" الحسن بن زياد: إذا قال لامرأتين له: أمركما بيدكما، لم تطلّق واحدة منهما إلا باجتماعهما على طلاقهما. إذا جعل أمر امرأته بيدها، إن غاب عنها، أو شرب المسكر، فوجد أحد الأمرين، وطلّقت المرأة نفسها، ثم وجد الأمر الآخر، ليس لها أن تطلّق نفسها؛ لأن الأمر واحد، وإنه معلق بأحد الشرطين، لا أنه يكون معلّقًا بكل واحد من الشرطين.

٤٨٤٢- وقعت واقعة فى زماننا، أنّ رجلا جعل أمر امرأته بيدها، على أنه متى ضربها بغير جناية منها، فهى تطلّق نفسها متى شاءت. فخاصمته المرأة إلى القاضى وقالت: إنه ضربها بغير جناية، فطلقت نفسها، وطالبته ببقيّة المهر، وسأل القاضى الزوج لماذا ضربتها؟ فقال الزوج: بقصد نه زدم، فقالت المرأة للقاضى: إنه أقرّ بالضرب، وأقرّ بشرط صحة إيقاع الطلاق، فمره بتسليم بقيّة مهرى إلىّ. فجاء الزوج بعد ذلك عند القاضى، وادّعى أنه ضربها بجناية كانت منها، وأقامت على ذلك بيّنة، فاستفتوا عن صحة دعواه، فاتفقت الأجوبة على فساده لمكان التناقض. ووجه ذلك: أنّ المرأة ادّعت الضرب بغير جناية، والقاضى سأله عن ذلك؛ لأن القاضى إنما يسأل المدّعى عليه، عما يدّعيه المدّعى، فإذا أقرّ بالضرب، فقد أقرّ بالضرب بغير جناية؛ لأن كلامه خرج جوابًا لسؤال القاضى، والجواب يتضمّن إعادة ما فى السؤال، فيصير بدعوى الضرب بالجناية بعد ذلك متناقضًا، فلا يسمع دعواه. ويمكن أن يقال: يسمع دعواه، ولا تناقض فيه؛ لأنه ما أقرّ أولا بالضرب بغير جناية؛ لأن القاضى لم يسأله عن الضرب بغير جناية بل سأله[1] عن الضرب مطلقًا، وسؤاله عقيب دعواها الضرب بغير جناية، لا يدل على تقييد السؤال بالضرب بغير جناية، إذ يجوز أن يسأله عن أصل الضرب، حتى إذا جحد الضرب أصلا يأمرها بإقامة البيّنة على الضرب، ولو أقرّ بالضرب يسأله القاضى، هل كان الضرب بجناية أو كان بغير جناية؟ فلا يتقيّد السؤال عن الضرب بغير جناية بالشك، فلا يصير الزوج بما تكلّم مقرّا بالضرب بغير جناية، فلا يتحقق التناقض فى

---

(١) وفى "ب" و"م" و"ف": بل يسأله.

دعواه الضرب بجناية بعد ذلك .

٤٨٤٣- ثم إذا صار الأمر بيدها كانت على خيارها ما دامت فى المجلس وإن تطاول يومًا أو أكثر ؛ لأن المجلس قد يطول وقد يقصر ، وهذا حكم موقّت بالمجلس ، فلا يفترق الحال بين أن يطول المجلس أو يقصر ، وإن قامت عن مجلسها بطل الخيار ؛ لأن هذا دليل الإعراض ، والأمر باليد يبطل بصريح الإعراض ، فكذا بدليله . وكذلك إذا أخذت فى عمل آخر ، يعلم أنه قطع لما كانت فيه بطل خيارها .

٤٨٤٤- وإن كانت قائمة فقعدت ، لا يبطل خيارها ؛ لأن القعود دليل الإقبال ، لا دليل الإعراض ؛ لأن هذا أمر يحتاج فيه إلى الرأى ، والقعود أجمع للرأى بخلاف ما إذا كانت قاعدة فقامت .

٤٨٤٥- ولو كانت قاعدة فاضطجعت أو اتّكأت ، ذكر شمس الأئمة السرخسى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فيه روايتين ، وذكر عن شمس الأئمة الحلوانى أنها إذا وضعت وسادة فاضطجعت ، فوضعت عليها رأسها ، فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى ، منهم من قال : لايبطل خيارها ، ومنهم من قال : إذا هيأت الوسادة كما يفعل للنوم ، فهذا منها تهاون بالأمر وإعراض عنه ، فيبطل خيارها . ولو كانت متّكئة فاستوت قاعدة ، لا يبطل خيارها . ولو كانت قاعدة فاتكأت ذكر شمس الأئمة السرخسى أن فيه روايتين ، وذكر شمس الأئمة الحلوانى فيما إذا كانت قاعدة فاتكأت ، أن فى ظاهر الرواية لا يبطل خيارها. وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : أنه يبطل. وإن ركبت بطل خيارها ، وإن نزلت عن الدابة لا يبطل خيارها ، وإن كانت محتبية فتربعت ، أو كان على العكس لايبطل خيارها.

٤٨٤٦- وإن كانت على دابة حين جعل الزوج أمرها بيدها ، فهو على وجوه : إن كانت الدابة واقفة حين جعل أمرها بيدها فسارت ، أو كانت سائرة فسارت كذلك ، خرج الأمر من يدها ، وإن كانت واقفة فأجابت ثم سارت ، أو كانت سائرة ، فكما سمعت التفويض أجابت فى خطوتها ذلك ، وأسرعت فى ذلك ، حتى سبق جوابها خطوتها ، بانت منه . وكذلك الجواب إذا كانت تمشى ، وإن سبق خطوتها جوابها لم تبن منه ، وإن كانت الدابة سائرة ، فوقفتها لا يبطل خيارها ، ولو كانت فى بيت فمشت فى البيت من جانب إلى جانب ، فهى على خيارها .

٤٨٤٧- والسفينة كالبيت لا كالدابّة ، وفى الحقيقة لا فرق بين السفينة وبين ظهر الدابّة ، فإن المجلس قد يتبدل حقيقة ، ولكن إنما فرقنا بينهما ؛ لأن سير السفينة لايضاف إلى راكبها ؛

لأنها لاتساق، لكن تجرى بالماء والريح وهما ليسا فى يد أحد، بخلاف سير الدابّة فإنه يضاف إلى راكبها، يقال فى العرف : فلان سار اليوم كذا فرسخًا وإن كان سار على الدابّة، قال شمس الأئمة الحلوانى : سواء كانا على الدابتين، أو على دابة واحدة، أو كانت هى على دابّة وهو يمشى، أو كانا فى سفينتين، أو فى سفينة واحدة، أو كانا فى محملين، أو فى محمل واحد، حتى إنهما إذا كانا على عاتق رجل واحد، واختارت نفسها فى [خطوطها][1] ذلك، بانت منه.

٤٨٤٨- إذا قال لها : أمركِ بيدكِ، فقالت : ادعو إلىّ أبى أستشيره، أو قالت : ادعو شهودًا أشهدهم، فهى على خيارها؛ لأن هذا من أسباب الامتثال، ودليل الإقبال دون الإعراض، حتى إذا اختارت نفسها ووقعت الفرقة، فالزوج لا ينكرها. وكذا إذا لبست ثيابها من غير قيامها عن المجلس، لا يبطل خيارها [وإن لم تجد أحدًا يدعو بالشهود، فقامت بنفسها، ولم تنتقل لتدعو الشهود، هل يبطل خيارها؟ اختلف فيه المشايخ، قال بعضهم : لا يبطل خيارها][2]؛ لأنه لم يوجد منه الإعراض لا نصًا ولا دلالة، فإن هذا القيام ليس دليل الإعراض، وقال بعضهم : يبطل خيارها؛ لأنه تبدّل المجلس إن لم يوجد منها الإعراض، وتبدّل المجلس يوجب بطلان الخيار، سواء كانت معذورة أو غير معذورة، ألا ترى أنّ الزوج لو أخذ بيدها، وأقامها عن مجلس الخيار، بطل الخيار، وإنما بطل لتبدّل المجلس، ولا يوجد الإعراض منها، كذا هنا.

٤٨٤٩- وإذا ابتدأت الصلاة بعد ما جعل أمرها بيدها بطل خيارها، ولو كانت فى صلاة الفريضة لا يبطل خيارها بإتمام الصلاة؛ لأنها ممنوعة عن القطع، فلا تكون ممكنة من الاختيار قبل الإتمام، وإنما يثبت الإعراض بترك الاختيار بعد التمكن منه. وإن كانت فى تطوع لا يبطل خيارها إن سلمت على رأس الركعتين؛ لأنه لايحل لها قطع ذلك. وإن قامت إلى الشفع الأخير حينئذٍ، يبطل خيارها؛ لأن كل شفع من التطوع صلاة على حدة، فصار القيام إلى الشفع الآخر بمنزلة اشتغالها بابتداء الصلاة. ثم إنّ محمدا رحمه الله تعالى لم يفصل فى الأصل بين تطوُّع وتطوُّع، وروى ابن سماعة فى "نوادره" عنه : أنها إذا كانت فى الأربع قبل الظهر، فى الشفع الأول، فقامت إلى الشفع الثانى لا يبطل خيارها؛ لأن الأربع قبل الظهر شرعت بتحريمة واحدة، لا يجوز أداءها بتحريمتين، فكانت هذه الأربع كركعتين فى سائر الصلوات. ولو كانت فى الوتر فى الشفع الأول، فأتمها لا يبطل خيارها، أما عند أبى حنيفة

(١) أثبت من "ب" و "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

رحمه الله تعالى ؛ فلأن الوتر واجب بمنزلة المغرب ، وأما عندهما فلأنه سنة مؤكدة شرعت بتحريمة واحدة ، فكانت كالأربع قبل الظهر ، ألا ترى أن الوتر يقضى إذا فاتت عن وقتها ، بخلاف الأربع قبل الظهر .

٤٨٥٠- ولو دُعيَت بطعام فى مجلس الخيار ، فطعمت بطل خيارها ، قلّ ذلك أو كثر ، ولو شربت ماء لا يبطل خيارها ، والفرق أنّ مجلس الخيار مجلس التدبير ، والناس لا يأكلون عادة فى مجلس التدبير ، بل يفردون للأكل مجلسًا ، فتصير بالأكل رافضة مجلس الرأى ، فكان ذلك دليل الإعراض ، وأما شرب الماء فى مجلس التدبير معتاد ، فلا تصير بشرب الماء رافضة مجلس الرأى .

وذكر القدورى فى شرحه : أنّ الأكل اليسير لا يبطل الخيار إذا أكلت من غير أن تدعو بطعام ؛ لأن الأكل اليسير لا يدل على الإعراض ، فأما إذا دعت بطعام ، أو تكلّمت بكلام يكون تركًا للجواب ، فإن أمرت وكيلها ببيع أو شراء ، أو أمرت أجنبيًا بذلك ، بطل خيارها ؛ لأن هذه الأفعال دليل الإعراض ، وإن امتشطت ، أو اغتسلت ، أو مكنت من زوجها ، بطل خيارها . وإن سجت أو قرأت شيئًا قليلا لايبطل خيارها ، ولو طال ذلك يبطل خيارها .

٤٨٥١- وفى "المنتقى" إذا قال لها : أمركِ بيدكِ ، فقالت : الحمد لله ، علىّ عتق نسمة ، وهدى بدنة ، وحجة شكرًا لما جعلت إلىّ ، وقد طلّقت نفسى ، فهو جائز ، ولا يخرج الأمر من يدها بما قالت . وإذا قال لغيره : طلّق امرأتى واحدة رجعيّة ، فطلّقها واحدة بائنة ، أو قال له : طلّقها واحدة بائنة ، فطلّقها واحدة رجعيّة ، يقع طلقة واحدة على حسب ما أمره به الزوج ، ذكره فى "الأصل" .

٤٨٥٢- فى "المنتقى" : إذا قال لها : طلّقى نفسك واحدة بائنة إن شئت ، فطلّقت نفسها واحدة، يملك الرجعة ، لم يقع عليها شىء فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ، وهو قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى . ولو قال لها : طلّقى نفسكِ واحدة ، أملك الرجعة إن شئت ، فطلّقت نفسها واحدة بائنة ، يقع عليها واحدة ، يملك الرجعة فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ، ولا يقدح[1] شىء فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى .

٤٨٥٣- وإذا وكّل رجلا أن يطلّق امرأته للسنة ، وهى ممن تحيض ، وكان التوكيل فى حالة الحيض أو فى طهر جامعها فيه ، فطلّقها الوكيل فى حالة الحيض ، أو فى ذلك الطهر ، لا يقع الطلاق ؛ لأنه ليس بتوكيل للحال ، بل وكالته مضافة إلى الطهر فى الصورة الأولى ،

(١) وفى جميع النسخ التى فى أيدينا : ولا يقع .

وإلى الحيض والطهر فى الصورة الثانية . وكذلك لو قال لها فى هذه الحالة : أنتِ طالق للسنة ، أنتِ طالق إذا طهرتِ [أنت طالق إذا حضتِ](١) ، لا يقع الطلاق . وإذا طهرت فى الصورة الأولى ، أو حاضت وطهرت فى الصورة الثانية ، فطلّقها الوكيل بعد ذلك ، يقع الطلاق ؛ لأنه صار وكيلا ؛ لأن الإيقاع حصل بحكم التوكيل فيصح .

٤٨٥٤- وإذا وكّل غيره بأن يطلّق امرأته ، ثم طلّقها الزوج بنفسه قبل طلاق الوكيل ، فهذا لايكون عزلا للوكيل ، ويقع طلاق الوكيل عليها ما دامت فى العدة ، وبعد ما انقضت العدة لايقع طلاق [الوكيل عليها ، تزوّجها الزوج أو لم يتزوّج . وكّل رجلا بطلاق امرأته ، والوكيل غائب لا يعلم ، فطلّق الوكيل قبل العلم ، لا يقع طلاقه](٢) ؛ لأنه لا يصير وكيلا قبل العلم . وفى "المنتقى" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : أنه يصير وكيلا قبل العلم ، وقال أبو يوسف : ولا أحفظه عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وإذا قال لغيره : طلّق امرأتى ثلاثًا ، فقال : فعلت ، صحّ . وإذا قال لرجلين : طلّقا امرأتى ثلاثًا ، فطلّقها أحدهما واحدة ، والآخر ثنتين ، طلّقت ثلاثًا .

٤٨٥٥- وفى "البقالى" : وإذا قال لغيره : طلّق امرأتى ثلاثًا إن شاءت ، لا يصير وكيلا ما لم تشأ ، ولها المشيئة فى مجلس علمها ، وإذا شاءت فى مجلس علمها حتى صار وكيلا لو طلّقها الوكيل فى ذلك المجلس يقع ، ولو قام عن مجلسه بطل التوكيل ، ولا يقع طلاقه بعد ذلك . قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى : وينبغى أن يحفظ هذا ، فإنّ البلوى فيه تعمّ ، فإنّ عامة كتب الطلاق التى يكتبها الزوج من الغربة ، يكون فيها : كتبت إليكِ هذا الكتاب ، سئل امرأتى هل تشاء الطلاق؟ فإن شاءت فطلّقها . ثم إنّ الوكلاء كثيرًا ما يؤخرون الإيقاع عن مجلس مشيئتها ، ولا يدرون أنّ الطلاق لا يقع .

٤٨٥٦- إذا قال لغيره : أنت وكيلى فى طلاقها على أنّى بالخيار ، أو على أنها بالخيار ، أو على أنّ فلانًا بالخيار ، فالوكالة جائزة والخيار باطل . وإذا قال لغيره : طلّق إحدى نساءى ، فطلّق واحدة منهنّ بعينها صحّ ، وليس للزوج أن يصرف الطلاق إلى غيره ، وكذا إذا طلّق واحدة منهنّ لابعينها صحّ ، ويكون الخيار للزوج ؛ وهذا لأن إحدى كما تطلق على واحدة نكرة تطلق على واحدة بعينها ، ألا ترى أنه يستقيم أن يقال : هذه من إحدى نساءه ، وقد حصل التوكيل مطلقًا من غير تقييد الأخرى بالغيبة ولا بالجهالة ، فيجرى على إطلاقه ، ويصير تقدير

---

(١) هكذا فى "ظ" .

(٢) أثبت من جميع النسخ التى فى متناول أيدينا .

المسألة كأنه قال : طلّق واحدة من نساءى إن شئت بعينها ، وإن شئت لا بعينها ، ولو نصّ على هذا كان الجواب كما قلنا ، فههنا كذلك . هذه الجملة من "الأصل" .

٤٨٥٧- وفى "الجامع" : إذا قال لامرأته : طلّقى نفسك [ثلاثًا بالسنة ، وقد كان قد دخل بها ، فقالت فى زمان الحيض ، أو فى طهر جامعها فيه : طلّقت نفسى ثلاثًا للسنة ، لم يقع عليها شىء بهذا القول أبدًا][١] ؛ أما فى الحال فظاهر ، وأما إذا جاء وقت السنة فلأنها تتصرّف بحكم التفويض ، والداخل تحت التفويض التنجيز دون الإضافة والتعليق ؛ بخلاف ما إذا قال الزوج لها : أنتِ طالق للسنة فى غير زمان السنة ، حيث يقع الطلاق إذا جاء وقت السنة ؛ لأن الزوج يتصرّف بحكم المالكية ، وهو كما يملك التنجيز يملك الإضافة والتعليق ، وإذا لم يصح هذا القول تنجيزًا صح إضافة وتعليقًا صيانة للتصرّف عن البطلان .

٤٨٥٨- وإن كانت طاهرة من غير جماع حين قال لها هذا القول ، وقعت للحال واحدة ؛ لوجود وقت السنة ، ثم لا يقع عليها بذلك اللفظ شىء فى الطهر الثانى والثالث ، إلا إذا جدّدت الإيقاع عند كل طهر ؛ لما ذكرنا أنّ المفوّض إليها تطلّق نفسها عند كل طهر طلقة ، ومن فوّض إليه إيقاع الطلاق فى المستقبل ، إذا وقع فى الحال لا يصح إيقاعه ؛ لأنه لا يمكن تصحيحه منجزًا ؛ لأنه ظاهر ، ولا يمكن تصحيحه معلّقًا ؛ لأن المفوّض إليه التنجيز ، فلهذا قال : لا يقع عليها شىء بذلك اللفظ فى الطهر الثانى ، إلا إذا جدّد الإيقاع فى الطهر الثانى ، وكذا فى الطهر الثالث لما عرف .

٤٨٥٩- فإن قيل : لو كان هذا تفويضًا عند كل طهر بتطليقة ، وجب أن لا يقع فى الطهر الأول شىء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ؛ لأنها طلّقت نفسها ثلاثًا ، والزوج إذا قال لها : طلّقى نفسكِ واحدة ، فطلّقت نفسها ثلاثًا ، لا يقع شىء .

قلنا : اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى الجواب عن هذا الإشكال ، بعضهم قالوا : ما ذكر فى الكتاب قولهما ، أما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فلا يقع فى الطهر الأول شىء . وبعضهم قالوا : لا ، بل ما ذكر فى "الكتاب" قول الكل ، فالفرق لأبى حنيفة رحمه الله تعالى على قول هذا القائل بين هذه المسألة وبين تلك المسألة أنّ هناك خالفت أمر الزوج لفظًا ومعنًى ، فلم يقع ، وههنا وافقت أمره ؛ لأنه أمَرها أن تطلّق نفسها ثلاثًا للسنة ، وطلّقت كذلك ، والأول أصحّ .

٤٨٦٠- ولو قال لها : طلّقى نفسكِ ثلاثًا للسنة بألف درهم ، فقالت : طلّقت نفسى ثلاثًا

---

(١) أثبت من جميع النسخ التى عندنا .

للسنة بألف درهم، وهى طاهرة من غير جماع، وقعت واحدة للحال بثلث الألف. وإذا حاضت وطهرت لا يقع عليها شىء آخر بذلك القول، إلا أن تجدّد الإيقاع لما ذكرنا، فإن جدّدت الإيقاع بعد ما طهرت فى مجلس طهرها وقعت واحدة بغير شىء، وكذلك فى الطهر الثالث. فإن قال الزوج: أنا رضيت بإيقاعها الثلاث بالألف، وقد أوقعت الثلاث بثلث الألف، فصارت مخالفة لا يلتفت إلى قوله. أو يقال له: إنها لم تخالف أمركَ لفظًا ومعنًى، لكن امتنع وجوب بعض البدل حكمًا؛ لانعدام شرط الوجوب بالثانية والثالثة، وهو زوال الملك، لكون الملك زائلا بالتطليقة الأولى، ولكن الطلاق يجعل شرط وقوعه وجود القبول لا وجود المقبول، وقد تقدّم قبول صحيح، فوقعت الثانية والثالثة بغير شىء، ولهذا قلنا: وامتناع وجوب بعض البدل حكمًا لانعدام شرط الوجوب لا يجعلها مخالفة، ألا ترى أنه لو آلى منها، ثم قال لها: طلّقى نفسكِ واحدة بألف، فقالت: طلّقت نفسى بألف، يقع الطلاق عليها مجانًا، وألا ترى أنه لو قال لغيره: طلّق امرأتى بخمر أو خنزير فطلّقها، يقع الطلاق بغير شىء، وألا ترى أنه لو قال لغيره: قل لامرأتى: أنتِ طالق ثلاثًا عند كل طهر واحدة بألف درهم، فقال الرجل لها ذلك وقبلت، وقع عليها فى الطهر الأول واحدة بألف، ويقع الآخران بغير شىء، والمعنى فى الكل ما قلنا.

٤٨٦١- إذا وقعت المشاجرة بين الرجل وامرأته، فقال الرجل: أمرنا بيدك، تصلح بيننا، فإن جرى مذاكرة الطلاق، فله أن يطلّقها. فى "البقالى": وفى "فتاوى أبى الليث": أولياء المرأة إذا اجتمعوا، أو طلبوا من الزوج أن يطلّقها، فطال الكلام بينهم فقال الزوج لأبيها: ماذا تريد منى؟ أفعل ما تريد، وخرج ثم طلّقها أبوها فى المجلس، لم تطلّق إن لم يرد به الزوج التفويض، ويكون القول قوله، أنه لم يرد به التفويض؛ لأنه قد لا يراد به التفويض.

٤٨٦٢- وفى "فتاوى أهل سمرقند": إذا قالت المرأة لزوجها فى غضبها: إن كان ما فى يدكَ فى يدى استنقذت نفسى، فقال الزوج: الذى فى يدى فى يدكِ، فقالت المرأة: طلّقت نفسى ثلاثًا، فقال الزوج لها: قولى مرّة أخرى، فقالت: طلّقت نفسى ثلاثًا، ثم قال الزوج: لم أنو بذلك طلاقًا، طلّقت ثلاثًا، وبقولها: طلّقت نفسى ثلاثًا، بعد قوله: قولى مرّة أخرى؛ لأن هذا بمنزلة قول الزوج: قولى طلّقت نفسى ثلاثًا، ولو قال الزوج لها ذلك، فقالت: طلّقت نفسى ثلاث، تطلّق ثلاثًا.

٤٨٦٣- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": إذا قالت المرأة لزوجها على وجه المزاح: وكيل تو هستم، فقال: هستى، فقالت: طلّقت نفسى ثلاثًا، فقال الزوج بالفارسية:

تو بر من حرام گشتى، ما را جدا بايد شدن، ثم تفرّقا، ثم أراد الزوج أن يراجعها، قال فى الكتاب: يسأل الزوج، فإن نوى بالتوكيل الطلاق، ولم ينو العدد، طلّقت واحدة رجعيّة، وإن نوى بالتوكيل المفارقة ولم ينو العدد، فهى واحدة بائنة، ويمكن أن يقال بأنّ قول الزوج: تو بر من حرام گشتى، دليل إرادة البينونة، فينبغى أن يسأل، هل نوى الثلاث؟ فإن كان نوى الثلاث يقع الثلاث، وإن لم ينو الثلاث، يقع واحدة بائنة عندهما، وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى: لا يقع شىء؛ لأنها مأمورة بإيقاع الواحدة، وقد أوقعت الثلاث.

٤٨٦٤- وإذا وكّل رجلا بأن يطلّق امرأته، وقال له: طلّقها[١] بين يدى أخى فلان، فذاك مشورة وليس بشرط، حتى لو طلّقها لا بين يديه وقع، كما لو قال له: طلّقها بشهود، فطلّقها بغير شهود.

٤٨٦٥- وفى "فتاوى أبى الليث": إذا قال الرجل لغيره: لا أنهاكَ عن [طلاق امرأتى][٢]، لا يصير وكيلا بالطلاق، وهذا بخلاف ما لو قال لعبده: لا أنهاكَ عن التجارة، حيث يصير مأذونًا فى التجارة؛ لأن ترك النهى سكوت، وبالسكوت ثبت الإذن فى التجارة، أما لا يثبت التوكيل بالطلاق.

٤٨٦٦- وفى "مجموع النوازل": امرأة قالت لزوجها: يك سخن گويم، روا داشتى؟ أو قالت: يكى كار كنم، روا داشتى؟ فقال الزوج: داشتم، فقالت المرأة: طلّقت نفسى ثلاثًا [لا يقع شىء][٣]، والقول قول الزوج أنه لم يرد الطلاق.

٤٨٦٧- وسئل شمس الأئمة الأوزجندى رحمه الله تعالى عمّن قال لغيره: طلّقت امرأتك، فقال ذلك الغير: الحكم لك، قال: الحكم والأمر لى، طلّقها؟ قال: لاتطلّق.

٤٨٦٨- إذا وكّل الرجل رجلا أن يطلّق امرأته، فطلّقها وهو سكران، ينظر إن وكّله وهو سكران، فطلّقها يقع، وإن وكّله وهو صاح، فطلّقها بعد ما صار سكران، لا يقع، هكذا حكى فتوى شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى[٤]، قيل: هذا إذا كان الطلاق على مال. أما فى الطلاق بغير المال فيقع الطلاق على كل حال؛ لأن المطلوب من الوكيل مجرّد العبارة إذا كان طلاق بغير مال، والسكران وغيره فى مجرّد العبارة على السواء.

---

(١) وفى "م": طلقها طلقتين.

(٢) هكذا فى "ب" و"م"، وكان فى الأصل: الطلاق.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) وفى "ف": هكذا حكى عن فتوى شمس الأئمة. . . إلخ.

نوع آخر فى تفويض الطلاق إليها بقوله: اختارى:

٤٨٦٩- إذا قال لها : اختارى وهو ينوى الطلاق، فلها الخيار ما دامت فى ذلك المجلس، وإن تطاول المجلس يومًا أو أكثر، وإن قال الزوج : لم أرد الطلاق بقولى : اختارى، فذاك ليس بشىء، ويقبل قول الزوج فى ذلك، إلا أن يكون فى حالة الغضب، أو فى حالة مذاكرة الطلاق، أو يكون كرر لفظ الاختيار، بأن قال : اختارى اختارى ؛ لأن هذا الكلام لم يذكر على وجه التكرار إلا فى حق الطلاق، فإن قامت عن مجلسها قبل أن تختار شيئًا بطل خيارها.

٤٨٧٠- واعلم بأنّ الخيار بمنزلة الأمر باليد، فى جميع ما ذكرنا من الأحكام إلا فى حكم واحد، وهو صحة نية الثلاث، فإنّ الزوج إذا نوى بالأمر باليد الثلاث، صحّت نيّته، وإذا نوى بالتخيير الثلاث، لا تصحّ نيّته ؛ لأن قوله : أمركِ بيدكِ تفويض الأمر، وإنه يحتمل العموم والخصوص، فأىّ ذلك نوى صحّت، أما قوله : اختارى، فأمرَ بالفعل، وإنه لا يحتمل العموم، فلا تصحّ نية العموم. وإن اختارت [زوجها][1]، فليس بشىء، روى عن عائشة رضى الله تعالى عنها أنها قالت : «خيَّرَنا رسول الله ﷺ فاخترناه ولم يكن طلاقًا»[2]، فإن اختارت نفسها فهى تطليقة بائنة ؛ لأن هذا من جملة الكنايات.

ثم التخيير لا يخلو من ثلاثة أوجه : إما أن يكون فى كلامها ذكر نفس المرأة، أو التطليقة، أو الاختيارة، بأن قال لها : اختارى نفسكِ، أو قال لها : اختارى اختيارة، فقالت المرأة : اخترت نفسى، أو قالت : اخترت تطليقة، أو قالت : اخترت اختيارة، وفى هذا الوجه يقع الطلاق.

٤٨٧١- وإما أن يكون فى كلام أحدهما ذكر شىء من ذلك، إما فى كلام المرأة، أو فى كلام الزوج، بأن قال الزوج : اختارى نفسكِ، أو اختارى تطليقة، أو اختارى اختيارة، فتقول المرأة : اخترت، أو يقول الزوج : اختارى، فتقول المرأة : اخترت نفسى، أو تقول : اخترت تطليقة، وفى هذا الوجه يقع الطلاق أيضًا ؛ لأنه إذا ثبت ذلك فى كلام الزوج، ثبت فى كلامها ؛ لأن كلامها خرج جوابًا، والجواب يتضمّن إعادة ما فى السؤال، فلم يبقَ الاحتمال ؛

---

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل : نفسها.

(٢) أخرج معناه البخارى : ٤٨٥٨ ومسلم : ٢٧٠٠ والنسائى : ٣١٥٢ وأبو داود : ١٨٨٤ وابن ماجه : ٢٠٤٢.

لا فى الخطاب، ولا فى الجواب . وإذا ثبت ذلك فى كلام [الزوج، ثبت فى كلام][1] المرأة، يزول الاحتمال عن الخطاب بالنية، وعن الجواب بالتنصيص .

٤٨٧٢- أما إذا خلا اللفظان عن ذكر شيء من ذلك، لم يقع شيء؛ لأن اختيارها يحتمل بين أن يكون لنفسها فتقع، وبين أن يكون لزوجها، فلا يقع بالشك، ولا يصير محل كلامها مفسِّرًا بنية الزوج؛ لأن نية الزوج إنما تعتبر ليصير الطلاق بيدها، فأما أن يصير المحمل من كلامها مفسِّرا بنية الزوج فلا[2] .

٤٨٧٣- ولو قال لها : اختارى، اختارى، اختارى، ينوى الطلاق بهذا كله، فاختارت نفسها فهى طالق ثلاثًا . قال مشايخنا : قول محمد رحمه الله تعالى فى هذه المسألة، وهو ينوى الطلاق بذلك كله، وقع الطلاق اتفاقًا؛ لأن عند تكرار هذه اللفظة لا يحتاج إلى النية على ما مرّ . وكذلك لو قالت : قد طلَّقت نفسى، أو قالت : أنا طالق، فهو جواب للكل [وطلِّقت ثلاثًا][3] . ولو قالت : اخترت تطليقة، فهى واحدة بائنة .

٤٨٧٤- هشام قال : سألت محمدا رحمه الله تعالى عمّن قالت لزوجها : خيِّرنى، خيِّرنى، خيِّرنى، فقال : قد فعلت، فطلَّقت نفسها [فهى واحدة بائنة . ولو قالت : خيِّرنى، وخيِّرنى، وخيِّرنى، فقال : قد فعلت، فطلَّقت نفسها][4]، فهى ثلاث . الحسن بن زياد رحمه الله تعالى، إذا قال لها زوجها : اختارى، اختارى، اختارى، فقالت : قد أبطلت واحدة، بطل ذلك كله، رواه عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى .

٤٨٧٥- ولو قال لها : اختارى، ثم اختارى، ثم اختارى، فاختارت نفسها، ذكر محمد رحمه الله تعالى : أنها تطلَّق ثلاثًا . واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من قال : المسألة مؤوَّلة، تأويله : أنه إذا قال لها : اختارى وسكت، ثم قال : اختارى وسكت، ثم قال : اختارى وسكت، فقالت : اخترت نفسى، وما ذكر من كلمة "ثم" فذلك لفظ محمد رحمه الله تعالى، لا لفظ الزوج [حتى لو كان ذلك لفظ الزوج][5] بأن قال الزوج : اختارى، ثم اختارى، ثم اختارى، فقالت : اخترت نفسى، لا يقع إلا الأولى، ويتوقّف

---

(١) أثبت من "ظ" .

(٢) وفى "م" : فلا يكون .

(٣) أثبت من "م"، وكان فى "ب" : فهو جواب للكل على أمر .

(٤) أثبت من "ظ" .

(٥) أثبت من "ب" و"ف" و "م" .

وقوع الثانية والثالثة على قولها : اخترت ثانيًا ، وثالثًا ، وهو نظير ما لو قال لامرأته : إن دخلت الدار ثلاثًا ، فأنت طالق ، فدخلت [مرّة تطلّق ثلاثًا . ولو قال لها : إن دخلت الدار ، فأنتِ طالق ، ثم قال : إن دخلت الدار ، فأنتِ طالق ، ثم إن دخلت الدار فأنتِ طالق ، فدخلت][1] الدار مرّة ، تطلّق واحدة ، ولا يقع الثلاث ما لم تدخل الدار ثلاث مرّات ، كذا ههنا .

ومنهم من قال : يقع الثلاث وإن ذكر الثانية والثالثة بكلمة "ثم" ، فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة الدخول ، والفرق أنّ قوله : اختارى اختارى ، تفويض ، وتمليك نصّا [وتعليق اقتضاء][2] ، وإذا كان تمليكًا نصّا كان العبرة للتمليك ، وجواب واحد يكفى لتمليكات كثيرة ، حصلت جملة أو مرتبّة ، فإنه لو قال : بعت هذا منك بكذا ، ثم[3] قال : أجرت هذا ، ثم قال : وهبتك هذا ، فقال : قبلت ، كان جوابًا للكل . أما قوله : إن دخلت الدار فتعليق نصّا ، وليس فيه معنى التمليك ، وفى التعليقات يراعى صفة الشرط بوقوع الطلاق ، كما يراعى أصل الشرط ، وصفة الشرط لم توجد فى حق الثانية والثالثة .

٤٨٧٦- إذا قال زوجها : اختارى اختارى[4] ، وقال : عنيت بالأولى الطلاق ، وبالثانية أن أُفهِمها ، صدّق ديانة لا قضاء . وإذا قال لها : اختارى الأزواج ، أو قال لها : اختارى أهلكِ فنوى الطلاق ، فقالت : اخترت الأزواج ، أو قالت : اخترت أهلى ، وقع الطلاق استحسانًا . ولو قال لها : اختارى أختكِ ، أو أمّك ، أو أباكِ ونوى الطلاق ، فاختارت [ما قال ، ففيما إذا اختارت][5] أمها أو أباها ، يقع الطلاق استحسانًا ، وفيما عداهما لا يقع الطلاق .

٤٨٧٧- وفى "الجامع" : إذا قال لها : اختارى ، اختارى ، اختارى بألف درهم ، فقالت : اخترت نفسى واحدة أو بواحدة ، طلّقت ثلاثًا وكان عليها الألف ؛ لأن قولها : اخترت نفسى ، جواب تام بجميع ما قال الزوج لو اقتصرت عليه ، فكذا إذا زادت قولها : واحدة ؛ لأن قولها : واحدة ، يصلح جوابًا عن الكل أيضًا ، بأن يكون معناه اخترت نفسى باختيارة واحدة ، لا يحتاج بعد هذا إلى اختيارة أخرى ، كما فى قولهم : ضربته وجيعًا ، أى ضربًا وجيعًا . ولو كانت قالت : اخترت نفسى بالأولى ، أو بالوسطى ، أو بالأخيرة ، طلّقت ثلاثًا ، وعليها الألف

(١) أثبت من النسخ التى فى متناول أيدينا .

(٢) أثبت من "م" و "ب" و "ف" .

(٣) وفى "م" : أم .

(٤) وفى "ظ" : ثلاث مرات .

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وفى قولهما إن قالت : بالأولى والوسطى، طلّقت واحدة بائنة بغير شىء، وإن قالت : بالأخيرة وقعت تطليقة بألف درهم.

٤٨٧٨- ولو قال : اختارى تطليقة، فهى تطليقة [بألف درهم، ولو قال : اختارى تطليقة، فهى تطليقة][١] رجعيّة. وقد ذكرنا نظير هذا فى الأمر باليد إذا قال لها : اختارى، فقالت : لا أختارك، أو قالت : لا أريدكَ، أو قالت : لا حاجة لى فيكَ، فهذا كله باطل. ولو قالت : لا أختار الطلاق، فهذا ردّ للأمر، وإن قالت : هويت زوجى أو أحببته، فهى على خيارها. وإن قالت : كرهت فراق زوجى، فقد اختارته، وإن قالت : اخترت أن لا أكون امرأتكَ، فقد بانت منه. عن أبى يوسف رحمه الله تعالى إذا قال الرجل لغيره : أخبر امرأتى أنّ أمرها بيدها، فاختارت نفسها قبل أن يخبرها، جاز، وعن محمد رحمه الله تعالى خلافه.

نوع آخر فيما يصلح جوابًا فى التفويض:

٤٨٧٩- وفى الجمع بين الألفاظ التى يقع بها التفويض، قول المرأة : طلّقت، اخترت، يصلح جوابًا لقول الزوج : أمركِ بيدكِ، ولقوله : اختارى، وقولها : اخترت لا يصلح جوابًا لقوله : طلّقى نفسكِ، حتى إنه إذا قال لها : طلّقى نفسكِ، فقالت : اخترت نفسى، لا يقع شىء ولو قال لها : أمركِ بيدكِ، أو قال لها : اختارى، فقالت : طلّقت نفسى يقع. والفرق أنّ قولها : اخترت ليس من ألفاظ الطلاق، لا وضعًا ولا حكمًا، ولهذا لو أراد الزوج أن يوقع الطلاق عليها بقوله : اخترت لا يقع، ولكن جعل جوابًا بإجماع الصحابة، متى سبق التخيير من الزوج، وإذا لم يسبق من الزوج التخيير، لغى لفظة الاختيار، فأما قوله : طلّقت طلّقت من ألفاظ الطلاق وضعًا وحكمًا، بل هو الأصل فيه، إلا أنها خالفت فى الوصف متى سبق من الزوج التخيير، فيلغو الوصف، ولكن الموافقة فى الأصل كافية فى الوقوع.

٤٨٨٠- وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال لها : طلّقى نفسكِ، فقالت : أبِنتُ نفسى، لم يقع على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما : يقع تطليقة رجعيّة؛ لأن لفظة البينونة [متضمّنة طلاقًا][٢]، فصار كما لو قالت : طلّقت نفسى تطليقة بائنة، فيصح الأصل ويلغو الوصف، ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى أنّ لفظ الإبانة [إذا صحّت جوابًا

(١) أثبت من "ظ".

(٢) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل و"ظ": صفة طلاقًا، وفى "ب" و"ف": متصفة طلاقًا.

تضمّنت طلاقًا، فهنا لفظة الإبانة][1] لم يصح جوابًا؛ لأنه لم يفوض إليها الإبانة، فصارت مبتدأة بهذا الكلام، فلم يتضمّن هذا الكلام طلاقًا، هكذا ذكر القدورى فى شرحه، وذكر فى "الجامع الصغير" قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يقع، والوجه ما ذكرنا لأبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

٤٨٨١- وإذا جمع الزوج بين ألفاظ التفويض، وهو قوله: أمرك بيدكِ، اختارى، طلِّقى، فإن ذكرها بغير حرف صلة يجعل كل واحد كلامًا مبتدأ، ولو ذكرها بحرف الفاء، فالمذكور بحرف الفاء يجعل تفسيرًا إن صلح تفسيرًا، ولفظ الاختيار يصلح تفسيرًا للأمر باليد؛ لأنه أخص من لفظ الأمر، لأن الأمر باليد قد يكون بالاختيار وغيره، وقد يكون بثلاث، وقد يكون بواحدة، والخاص يصلح تفسيرًا للعام، والأمر باليد لا يصلح تفسيرًا للاختيار؛ لأن العام لا يصلح تفسيرًا للخاص، والطلاق يصلح تفسيرًا للأمر [والاختيار؛ لأنه مفسر مصرح، ويصلح تفسيرًا لهما، والأمر لايصلح تفسيرًا للأمر][2]. وكذلك [الاختيار لا يصلح تفسيرًا للاختيار؛ لأن الشيء لا يصلح تفسيرًا][3] لنفسه، وإذا لم يصلح تفسيرًا، يجعل علّة لما تقدّم، وإن تعذّر جعله علّة يحمل على العطف. ولو ذكرها بحرف الواو فهو للعطف، والمعطوف لا يصلح تفسيرًا للمعطوف عليه؛ لأن العطف يقتضى المغايرة، والتفسير مع المفسَّر كشيء واحد. وإذا عطف البعض على البعض، فالتفسير المذكور فى آخرها يجعل تفسيرًا للكل؛ لأن بحكم العطف صار الكل فى معنى كلام واحد.

٤٨٨٢- وإذا قال لها: أمركِ بيدكِ طلِّقى نفسكِ، أو قال لها: اختارى طلِّقى نفسكِ، فقالت: اخترت نفسى، وقال الزوج: لم أرد الطلاق، كان مصدّقا ولايقع عليها شيء؛ لأن قوله: طلِّقى نفسكِ، لما ذكر بدون حرف الصلة، لم يجعل جوابًا وتفسيرًا لأول الكلام، بل اعتبر تفويضًا مبتدأ، فبقى الأول منهما، فكان القول قوله فى أنه لم يرد الطلاق، وقوله: طلِّقى وإن كان تفويضًا مبتدأ، إلا أنّ قولها: اخترت لا يصلح جوابًا له، فلا يقع به شيء، حتى لو قالت: طلّقت نفسى، يقع تطليقة رجعيّة فى المسألتين جميعًا بقوله: طلِّقى نفسكِ؛ لأنه تفويض صريح [مفسر][4]، وقوله[5]: طلّقت، يصلح جوابًا له، والواقع بالصريح

---

(١) أثبت من "م".

(٢) أثبت من "م".

(٣) هكذا فى "م" و"ب"، وكان فى الأصل و"ظ": وكذلك الاختيار لا يصلح تفسيرا للمعطوف لنفسه.

(٤) هكذا فى "ب" و"م"، وكان فى الأصل و"ظ": مبتدأ.

رجعيّ.

٤٨٨٣- ولو قال لها : أمرك بيدكِ، وطلّقى نفسكِ، أو قال لها : اختارى وطلّقى نفسكِ، فاختارت نفسها، وقال الزوج : لم أرد الطلاق بالأمر باليد، وبالاختيار لم يقع شىء؛ لأن الكلام بقى مبهمًا مجملا، لأن قوله : وطلّقى لم يصر تفسيرًا؛ لكونه معطوفًا عليه، فيقبل قول الزوج : إنه لم يرد الطلاق بالكلام الأول. وقوله : وطلّقى وإن كان تفويضًا [مفسّرا][1] إلا أنّ قولها : اخترت نفسى لا يصلح جوابًا له.

٤٨٨٤- ولو قال لها : أمرك بيدكِ فاختارى وطلّقى نفسكِ، فقالت : قد اخترت نفسى، وقال الزوج : لم أرد بشىء من ذلك الطلاق، فإنه لا يصدّق على ذلك، ويقع تطليقة بائنة بقوله : أمركِ بيدكِ، مع يمينه بالله تعالى ما أراد به الثلاث؛ لأن الأمر باليد كلام مبهم، وقوله : اختارى، خرج جوابًا وتفسيرًا له؛ لأنه ذكره بحرف الفاء، وهو يصلح جوابًا وتفسيرًا للأمر باليد؛ لأن الأمر أشد إبهامًا، وأعمّ من الاختيار؛ لأنه ينتظم الاختيار وغيره، فإذا فسّر بالاختيار، يقل الإبهام، فصلح تفسيرًا له من هذا الوجه، ويصير تقدير الكلام : أمركِ بيدكِ اختارى نفسكِ، فلما قال بعد ذلك : فطلّقى نفسكِ، وإنه يصلح تفسيرًا للاختيار، صار الاختيار مفسَّرًا بالطلاق، فصار الاختيار المفسّر تفسيرًا للأمر باليد، والوقوع بالمفسّر لا بالتفسير، فالواقع بالأمر باليد طلاق بائن، ولكن مع احتمال الثلاث، فلهذا قال : يقع تطليقة بائنة مع يمينه بالله ما أراد به الثلاث.

٤٨٨٥- قال لها : اختارى، فاختارى، واختارى، وطلّقى نفسكِ، فاختارت نفسها، طلّقت تطليقتين بائنتين؛ لأن قوله : اختارى مبهم، وقوله : فاختارى لايصلح تفسيرًا له، فيجعل تفويضًا مبتدأ معطوفًا على الأول، فكأنه قال : اختارى واختارى؛ لما عرف أنّ حروف الصلات يقام بعضها مقام البعض باعتبار الحاجة، فصارت مسألتنا اختارى واختارى فطلّقى نفسكِ، وهناك قوله : فطلّقى نفسكِ، يصير تفسيرًا للتفويض بحكم العطف، كذا ههنا. وإذا صار قوله : فطلّقى نفسك، تفسيرًا لهما كان الوقوع بهما، وقولها : اخترت، يصلح جوابًا لهما، والواقع بكل واحد منهما طلاق بائن، فطلّقت تطليقتين بائنتين لهذا.

٤٨٨٦- ولو قال : اختارى فأمركِ بيدكِ، فطلّقى نفسكِ، فقالت : قد اخترت نفسى، أو قالت : طلّقت نفسى، فهى طالق تطليقة بائنة بقوله : أمركِ بيدكِ، بجعل المقدّم

---

(٥) وفى "ب" و "م" : قولهما.

(١) هكذا فى "ب" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ" : مبتدأ.

مؤخرًا، كأنه قال : أمرك بيدكِ فطلِّقى ، واختارى نفسكِ ، فإنما كان كذلك ؛ لأن الأمر باليد لا يصلح تفسيرًا للاختيار ، والاختيار يصلح تفسيرًا للأمر باليد [فيجعل الاختيار تفسيراً للأمر باليد][1] ، بالتقديم والتأخير ، فإن التقديم والتأخير فى كلام العرب جائز ، فصار كأنه قال : أمرك بيدكِ فاختارى ، فطلِّقى نفسكِ ، ولو قال هذا يقع تطليقة بائنة بقوله : أمرك بيدكِ ، وهى المسألة المتقدِّمة كذا هنا ، فلم يجعل الفاء ههنا بمعنى الواو ؛ ليصير كأنه قال : اختارى وأمرك بيدكِ ، فطلِّقى نفسك ؛ لأنا لو جعلنا هكذا يقع تطليقتان ، ولو جعلنا المقدّم مؤخرًا على نحو ما ذكرنا ، يقع تطليقة واحدة ، وكلا الوجهين من الممكنات ، فجعلنا المقدم مؤخرًا كيلا تقع أخرى بالشك .

نوع آخر فى تعليق الطلاق بالمشيئة وفى تعليق التفويض بالمشيئة:

٤٨٨٧- إذا قال لامرأته : أنتِ طالق إن شئت ، فذلك إليها ما دامت فى مجلسها ، فإن شاءت فى مجلسها وقع الطلاق ؛ لأن هذا فى معنى الخيار ، من حيث إن المشيئة عمل قلبها كالاختيار ، ويكون الواقع رجعيّا ؛ لأن الواقع بصريح الطلاق وهو قول الزوج : أنتِ طالق ، وكذلك إذا قال لها : طلِّقى نفسك إن شئت ، أو لم يقل : إن شئت ، فذلك إليها فى مجلسها ، إلا أنّ ههنا لا تطلق ما لم تطلّق نفسها [بخلاف المسألة الأولى فإنّ هناك إذا شاءت طلاقها وإن لم تطلّق نفسها ؛ لأن ههنا المعلق بالمشيئة التطليق ، وهناك المعلق بالمشيئة الطلاق][2] .

٤٨٨٨- ولو قال لأجنبى : طلِّق امرأتى إن شئت ، يقتصر على المجلس ، وبدون قوله : إن شئت لا يقتصر على المجلس ؛ لأن ذلك بدون ذكر المشيئة توكيل ، ومع ذكر المشيئة تمليك . وقوله للمرأة : طلِّقى نفسكِ مع المشيئة [وبدون المشيئة][3] تمليك ، وقوله للمرأة : طلِّقى صاحبتكِ ، نظير قوله للأجنبىّ : طلِّق امرأتى ، إن كان مع ذكر المشيئة فهو تمليك ، وإن كان بدون ذكر المشيئة ، فهو توكيل .

٤٨٨٩- ولو قال لها : أنتِ طالق ثلاثًا إن شئت ، فقالت : شئت واحدة، فهو باطل ؛ لأن معنى قوله : إن شئت الثلاث ، فصار الطلاق معلّقًا بمشيئتها الثلاث ، وعلى هذا إذا قال

---

(١) أثبت من "م" و"ف" .

(٢) أثبت من "ظ" و"م" و"ب" .

(٣) أثبت من "ظ" .

لها : طلّقى نفسك ثلاثًا إن شئت ، فطلّقت نفسها واحدة لم يقع شىء ؛ لأن معنى قوله : طلّقى نفسك ثلاثًا ، إن شئت الثلاث ، فإذا طلّقت نفسها واحدة ، فقد شاءت واحدة دون الثلاث .
وروى ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى ، إذا قال لها : [أنت طالق ثلاثًا][1] إن شئت ، فقالت : أنا طالق ، لا يقع إلا أن تقول : أنا طلاق ثلاثًا ، وإذا قال لها : طلّقى نفسك إن شئت ، فقالت : قد طلّقت نفسى ، يقع الطلاق ؛ لأنها شاءت حيث طلّقت نفسها .

٤٨٩٠- إذا قال لها : إن شئت فأنت طالق غدًا ، كانت المشيئة إليها فى الحال ، ولو قال لها : إذا جاء غد فأنت طلاق إن شئت ، كان لها المشيئة فى الغد ؛ [لأنه فى الفصل الأول علق الطلاق بمشيئتها ، ثم جعل المعلّق بمشيئتها مضافا إلى الغد ، فلا بدّ من اعتبار مشيئتها أولا ؛ لتصح الإضافة إلى ما بعد الغد][2] . وفى الفصل الثانى علّق الطلاق بمجيء الغد ، وجعل المعلّق بمجيء الغد معلقا بمشيئتها ، فلا بدّ أولا ليتعلّق ذلك بمشيئتها ، كذا ذكر المسألة فى "الزيادات" .

وذكر فى "الأصل" : إذا قال لها : أنت طالق غدًا إن شئت ، فلها المشيئة فى الغد . ولو قال : إن شئت فأنت طالق غدًا ، فلها المشيئة فى الحال ، ولم يذكر فى المسألة خلافًا .

قالوا : وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله تعالى ، وعن أبى يوسف : أنّ لها المشيئة فى الغد فى المسألتين جميعًا .

وفى "المنتقى" : بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى ، إذا قال لها : أنت طالق غدًا إن شئت ، أو أنت طالق إن شئت غدًا ، فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال : لها المشيئة غدًا ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إن قدّم المشيئة فلها المشيئة فى الحال ، وإن أخّرها فهو على ما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى . وعلى هذا إذا قال لها : اختارى غدًا إن شئت ، اختارى إن شئت غدًا ، أمرك بيدك إن شئت[3] غدًا ، أمرك بيدك ، فالمشيئة فى الغد فى الحالين عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وعلى هذا إذا قال لها : طلّقى نفسك غدا إن شئت ، إن شئت فطلّقى نفسك غدًا ، لم يكن لها أن تطلّق نفسها ، حتى يجيء غد فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : إن قدّم المشيئة فلها أن تطلّق نفسها فى الحال ، فتقول فى الحال : طلّقت نفسى غدًا .

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا ، وكان فى الأصل : طلقى نفسك .

(٢) أثبت من النسخ التى فى متناول أيدينا .

(٣) وفى "ظ" : إن شئت غدًا مكررًا .

٤٨٩١- وذكر هشام عن محمد رحمه الله تعالى، إذا قال لامرأته : أنتِ طلاق غداً على ألف إن شئت، فقالت فى الحال : شئت، لا يقع الطلاق حتى يقول الزوج : قبِلت؛ لأن الإيجاب من الزوج مضاف إلى الغد، فالمشيئة من المرأة قبل مجيء الغد يصير ابتداء، ولو ابتدأت مشيئة الطلاق على ألف يتعلّق بقبول الزوج، فههنا كذلك. ولو قال لها : إن شئت الساعة فأنت طلاق غداً، أو نوى ذلك ولم يقل : الساعة، فقالت : شئت أن أكون غداً طالقا، وقع الطلاق فى الغد. ولو قالت : شئت أن يقع الطلاق فى اليوم، فإنه لا يقع الطلاق فى اليوم، ويخرج الأمر من يدها.

٤٨٩٢- أنت طالق إن شئت[1] أو متى شئت، فلها إن شاءت فى المجلس أو بعده، ولكن مرّة واحدة، ولو قال لها : أنتِ طلاق كلما شئت، فلها ذلك أبداً كلما شاءت فى المجلس وغيره، واحدة بعد واحدة حتى تطلّق ثلاثًا. أما فى قوله : متى، فلأنّ متى للوقت، فصار كأنه قال : فى أى وقت شئت، وهناك لها أن تطلّق نفسها فى أى وقت شاءت، ولا يبطل بالقيام عن المجلس؛ لأن هذا إيقاع فى وقت المشيئة، فلا يعتبر لها المجلس قبل وقت المشيئة، فههنا كذلك. ولو ردّت الأمر لايكون ردّاً لما ذكرنا أنّ هذا إيقاع وقت المشيئة، والإيقاع لا يحتمل الردّ[2]. ثم إنّ لها أن تطلّق نفسها واحدة [وليس لها أن تطلّق أخرى][3]؛ لأن كلمة "متى" تعم الأزمان، أما لا تعم الأفعال، فتملك الإيقاع فى أى وقت شاءت، لكن مرة واحدة. وأما فى قوله : إذا وإذا ما، فلأن إذا وإذا ما، عنده للوقت وعندهما يستعملان للوقت والشرط، فباعتبار الشرط يخرج الأمر عن يدها بالقيام عن المجلس، وباعتبار الوقت لا يخرج، فلا يخرج بالشك. وأما فى قوله : كلما فلأن كلمة "كلما" توجب التكرار، فيتكرّر الطلاق حتى تتم الثلاث، وإن عادت إليه بعد زوج فليس لها أن تشاء أخرى بعد ذلك؛ لأن اليمين إنما صحت باعتبار الملك القائم للحال، فإذا وقع الثلاث فقد ذهب ذلك الملك بتمامه، فلم يبقَ اليمين، فإذا تزوّجها بعد ذلك، وشاءت الطلاق، فقد شاءت، ولا يمين.

٤٨٩٣- ولو قال : أنتِ طالق حيث شئت، أو أين شئت، لم يقع حتى تشاء، وإن قامت عن مجلسها قبل أن تشاء، فلا مشيئة لها بعد ذلك. ولو قال لها : كلما شئت فأنت طلاق

---

(١) وفى النسخ البواقى التى عندنا : إذا شئت.

(٢) هكذا فى "ظ"، وكان فى الأصل : ولو ردت لا يكون ردّاً؛ لما ذكرنا أن هذا إيقاع وقت المشيئة؛ لأن هذا إيقاع فى وقت المشيئة، والإيقاع لا يحتمل الرد.

(٣) أثبت من "ب" و"م" و"ف".

ثلاثًا، فشاءت واحدة فذلك باطل ؛ لأن معنى كلامه كلما شئت الثلاث ؛ لأنه لم يذكر المشيئة خبرًا، فصار ما تأخر خبر المشيئة.

٤٨٩٤- إذا قال لامرأتين له : إذا شئتما فأنتما طالقان ، فشاءت إحداهما دون الأخرى، أو شاءتا طلاق إحداهما لا يقع شيء ؛ لأن معنى [المشيئة][١] إن شئتما طلاقكما ، فصار الشرط مشيئتهما طلاقهما . وكذلك إذا قال لامرأتين له : طلِّقا أنفسكما ثلاثًا إن شئتما ، فطلَّقت إحداهما نفسها وصاحبتها ثلاثًا فى المجلس ، لم تطلق واحدة منهما ؛ لأن معنى كلامه طلِّقا أنفسكما ، إن شئتما طلاقكما ؛ لأنه لم يذكر لمشيئتهما خبرًا ، فانصرف إلى السابق ذكره وهو طلاقهما ، فإذا طلِّقت إحداهما نفسها وصاحبتها ، فإنما وجد نصف الشرط ، وبوجود نصف الشرط لاينزل الجزاء ، فإن طلَّقت الأخرى نفسها وصاحبتها بعد ذلك ثلاثًا قبل القيام عن المجلس ، طلِّقتا ثلاثًا ؛ لأنه كمال الشرط . ولو طلِّقت إحداهما لم يقع الطلاق ، وكذا لو قامت عن المجلس ، ثم طلِّقت كل واحدة منهما نفسها وصاحبتها [ثلاثًا ، لم تطلَّق واحدة منهما][٢] ؛ لأن الأمر كله معلق بالمشيئة ههنا ، فكان كله تمليكًا ، فبطل بالقيام عن المجلس .

٤٨٩٥- ولو قال لهما : طلِّقا أنفسكما ثلاثًا ، فطلَّقت إحداهما نفسها وصاحبتها ثلاثًا ، طلِّقتا ثلاثًا ؛ لأن التفويض ههنا مطلق ، غير معلق بمشيئتهما ، فقد أمر بالإيقاع بغير بدل ، فينفرد أحدهما بالإيقاع ، كما لو قال لرجلين : طلِّقا امرأتى . وإذا قال لها : طلِّقى نفسكِ واحدة إن شئتِ ، فطلّقت نفسها ثلاثًا ، لا يقع شيء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ؛ لأن الزوج علّق تمليك الواحدة بمشيئة الواحدة ؛ لأن معنى كلامه طلِّقى نفسكِ واحدة ، إن شئت الواحدة ، والثلاث غير الواحدة ، فكانت مشيئة الثلاث مشيئة غير الواحدة عنده ، فكانت مبتدئة لهذه المشيئة ، لا بانية كلامها على كلام الزوج ، ولا صحّة لكلامها إلا على سبيل الجواب والبناء ، وعندهما تقع واحدة ؛ لأن الواحدة من جملة الثلاث عندهما ، فكانت مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة . وعلى هذا الخلاف إذا قال لها : أنتِ طالق واحدة إن شئت ، فقالت : شئت ثلاثًا ، لم يقع شيء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافًا لهما .

٤٨٩٦- وفى "المنتقى" : عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال لها : طلِّقى نفسكِ عشرًا إن شئتِ ، فقالت : طلَّقت نفسى ثلاثًا ، لم تطلَّق .

٤٨٩٧- وإذا قال لها : أنتِ طالق إن شئت ، فقالت : شئت ، إن كان كذا فهذا على

---

(١) هكذا فى "ظ" ، وكان فى النسخ التى عندنا : المسألة .

(٢) هكذا فى "م" .

وجهين : إما إن علّق مشيئتها بشيء ماض فقد وجد، وفى هذا الوجه يقع الطلاق؛ لأن التعليق بشيء موجود كائن تنجيز وليس بتعليق على الحقيقة، فكانت آتية بمشيئة منجزة، كما إذا فوّض إليها الزوج، فصحّت.

٤٨٩٨- وإما إن علّق مشيئتها بشيء لم يوجد بعد، وفى هذا الوجه لا يقع الطلاق؛ لأن التعليق بشيء لم يوجد تعليق على الحقيقة، والمفوّض إليها مشيئة منجزة، لا مشيئة معلّق، فلا تعتبر هذه المشيئة فى حق وقوع الطلاق، ويخرج الأمر من يدها؛ لأنها بالاشتغال بما لم يفوّض إليها صارت معرضة عمّا فوضت إليها. وعن هذا قلنا: إذا قالت: شئت إن شاء أبى، كان ذلك باطلا، وكذلك إذا قالت: شئتُ إن شئتَ لا يقع، فإن قال الأب بعد ذلك: شئت، أو قال الزوج: شئت لا يقع الطلاق أيضًا.

٤٨٩٩- وفى "المنتقى": إذا قال لها: أنتِ طالق إن هويتِ، أو أردتِ، أو أعجبكِ، أو وافقكِ، أو أحببتِ، فقالت: شئتُ، وقع. فيه أيضًا: عن أبى يوسف رحمه الله تعالى، إذا قال لها: طلّقى نفسكِ واحدة بائنة متى شئت، ثم قال لها: طلّقى نفسكِ واحدة [أملك][1] الرجعة متى ما شئت، فقالت بعد أيام: أنا طالق، فهى طالق واحدة، يملك الرجعة ويصير قولها جوابًا للكلام الآخر.

٤٩٠٠- وفيه أيضًا: داود بن رشيد عن محمد رحمه الله تعالى إذا قال لامرأته: أنتِ طالق واحدة إن شئت، أنتِ طالق ثنتين إن شئتِ، فقالت: قد شئت واحدة، قد شئت اثنتين، قال: إذا وصلت، فهى طالق ثلاثًا.

٤٩٠١- إذا قال لامرأته: أنتِ طالق إن شئتِ أو أبيتِ [لا تطلّق لهذه اليمين أبدًا؛ لأنه جعل المشيئة والإباء شرطًا واحدًا، يشترط اجتماعهما فى حالة واحدة، وإنه لا يتصوّر، هكذا ذكر فى "المنتقى". وفى "النوازل": وفى "العيون": أنها إذا شاءت تطلّق، وإن أبت، فكذلك تطلّق، والصحيح ما ذكر فى "المنتقى" و"النوازل".

وكذلك إذا قال: إن شئت وأبيت، فأنت طالق، وكذلك إذا قال: إن شئت ولم تشأ، ولو قال: أنتِ طالق إن شئت وإن لم تشأ، فإن شاءت فى مجلسها طلّقت بحكم المشيئة، وإن قامت عن مجلسها طلّقت أيضًا؛ لأنها لم تشاء، وهذا لأنه جعل المشيئة وعدم المشيئة كل واحد منهما شرطًا على حدة بوقوع الطلاق، فأيهما وجد يقع الطلاق. وكذلك الجواب فيما إذا قال لها: أنتِ طالق إن شئت أو لم تشأ، إن شاءت فى المجلس طلّقت بحكم

---

(١) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل و"ظ": لا يملك.

المشيئة ، وإن قامت عن مجلسها طلِّقت أيضًا لما قلنا .

٤٩٠٢- وأما إذا قال لها : إن شئت وإن لم تشأ فأنتِ طالق ، لا تطلّق بهذه اليمين أبدًا ؛ لأنه لما أخّر الطلاق لم يكن قوله : إن شئت كلامًا تامّا ، فيتوقف على ذكر الطلاق ، وأما إذا قال : وإن لم تشأ ، صارا شرطًا واحدًا ، فيشترط اجتماعهما فى حالة واحدة ، وإنه لا يتصور . وإذا قال لها : أنتِ طالق إن شئتِ أو أبيتِ][1] ، فهو على أحد الأمرين : إن شاءت فى المجلس طلِّقت ، وإن قالت فى المجلس : أبيتُ ، طلِّقت أيضًا . وإن قامت قبل أن تشاء أو تأبى ، لا تطلّق ولا يكون الإباء إلا بكلامها .

هذا كله إذا لم تكن للزوج نية ، فإن نوى إيقاع الطلاق على كل حال ، يريد به أنكِ طالق إن شئتِ أو أبيتِ ، أنتِ طالق إن شئتِ وإن لم تشأ ، فهو على ما نوى ، ويقع الطلاق عليها لا محالة .

٤٩٠٣- بشر بن الوليد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : رجل قال لامرأته : أنتِ طالق ثلاثًا إلا أن تشاء واحدة ، فقامت عن مجلسها قبل أن تشاء شيئًا ، طلِّقت ثلاثًا ، وإن شاءت واحدة قبل أن تقوم لزمتها تطليقة واحدة . وكذلك إذا قال لها : أنتِ طالق ثلاثًا إلا أن تريدى واحدة ، أو إلا أن يريد واحدة ، أو إلا أن تهوى واحدة ، أو إلا أن تحبِّى واحدة . وكذلك لو قال : أنتِ طالق ثلاثًا إلا أن شاء فلان واحدة ، أو إلا أن يهوى ، أو إلا أن يحب واحدة ، أو إلا أن يريد واحدة ، فهو مثل ذلك ، وإن لم يكن فلان حاضر ، فله ذلك إذا علم به فى المجلس الذى يعلم فيه .

٤٩٠٤- إذا قال لها : أنتِ طالق واحدة إن شئت ثنتين ، فإن شاءت ثنتين ، فهى طالق واحدة . إذا قال لها : أنتِ طالق واحدة إن شئت ، فشاءت نصف واحدة ، بطل الأمر بخلاف ما لو لم يذكر المشيئة . وفى "البقالى" : إذا قال لامرأته : إذا تزوّجتكِ فأنتِ طالق إن شئت ، فلها مجلس العلم بعد النكاح .

نوع آخر فى الرجوع عن التفويض:

٤٩٠٥- ذكر فى "طلاق الجامع" : إذا قال لامرأته : طلِّقى نفسكِ بألف درهم ، أو قال : طلَّقتكِ بألف ، أو قال : بعتكِ طلاقكِ بألف درهم ، فقبل أن تتكلّم المرأة بشىء رجع الزوج عن هذه المقالة ، كان رجوعه باطلا ، حتى لو قبِلت المرأة بعد ذلك وهى فى مجلسه ، صحّ ذلك منها

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

وطلّقت . وكذلك لا تبطل بقيام الزوج عن المجلس ، حتى إنّ بعد قيام الزوج لو قبلت وهى فى المجلس ، طلّقت . وكذلك لو قال لعبده : بعتكَ عتقكَ بألف درهم ، أعتقتكَ بألف درهم ، ثم رجع المولى ، أو قام عن المجلس قبل قبول العبد ، لم يبطل ذلك حتى لو قبِل العبد بعد ذلك ، وهو فى المجلس صحّ .

٤٩٠٦- ولو كانت البداية عن العبد والمرأة كان الجواب على عكس ما تقدّم فى الوجهين : والفرق أنّ الطلاق على مال ، والعتق على مال من جانب الزوج والمولى يمين ؛ [لأن][1] الملتمس من الزوج والمولى الطلاق والعتق ، وهما بحيث يحلف بهما ، ويصح تعليقهما بالشروط والأخطار ، ويتفرّد الزوج والمولى بإيجاب ذلك ، فإذا تعلّق بالقبول صار فى معنى اليمين والتحق به ، واليمين لا يقبل الرجوع ولايبطل بقيام الحالف عن المجلس ، والمتوقع من المرأة والعبد المال ، والمال مما لايحلف به ولا يصح تعليقه بالشرط والأخطار ، ولا تنفرد المرأة والعبد بإيجابه ، وكان كالبيع من جانبها ، والرجوع من إيجاب العبد المبيع قبل قبول المشترى صحيح .

٤٩٠٧- ولو قال : طلّقى نفسكِ إن شئت ، أو لم يقل : إن شئتِ ، ثم أراد أن يرجع عن ذلك ، ليس له ذلك . ولو قال لها : طلّقى صاحبتكِ ، أو قال لرجل أجنبى : طلّق امرأتى ، إن قال : شئت ، فليس له أن يرجع عن ذلك ، وإن لم يقل : إن شئت ، فله أن يرجع . والحاصل أنّ قول الرجل لامرأته : طلّقى نفسكِ ، تمليك الطلاق منها ، وفيه معنى التعليق ، وكل ذلك لا يقبل الرجوع ، وقوله للأجنبى : طلّق امرأتى ، وقوله للمرأة : طلّقى صاحبتكِ ، إن كان مقرونًا بالمشيئة ، فهو تمليك ؛ لأن المالك هو الذى يتصرّف عن مشيئته ، وهذا النوع من التمليك لا يقبل الرجوع ، وإن لم يكن مقرونًا بالمشيئة فهو توكيل محض ، والتوكيل يقبل الرجوع ، ولا يصح عزل الوكيل بالطلاق قبل علمه ؛ لأن العزل خطاب الوكيل بالنهى[2] عن الإيقاع ، وحكم الخطاب لا يثبت فى حق المخاطب قبل العلم .

قال فى "كتاب الوكالة" : إذا قال الرجل لامرأته : انطلقى إلى فلان حتى يطلّقكِ ، ثم إنه نهاها عن الذهاب وقال : لا تذهبى إلى فلان ولا يطلّقك ، لا يكون هذا نهيا عن الطلاق ولاينعزل ، فلأن بنهى المرأة ما لم يعلم بالنهى ، يجب أن يعلم بأنّ من قال لامرأته : انطلقى إلى فلان يطلّقكِ ، فذهبت ، فطلّقها فلان ، يصحّ ويصير فلان وكيلا بالتطليق وإن لم يعلم

---

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا ، وكان فى الأصل : كان .

(٢) وفى "م" : خطاب الوكيل باليمين .

بوكالته. وذكر فى "الزيادات" ما يدلّ على أنه لا يصير وكيلا بالتطليق قبل العلم.

قيل: فى المسألتين روايتان، وقيل: ما ذكر فى "الزيادات" قياس، وما ذكر فى "الأصل" استحسان، ثم على رواية الأصل وهو جواب الاستحسان: إذا صار وكيلا وإن لم يعلم، لو أنّ الزوج نهى المرأة عن الانطلاق إلى فلان، لا يصير منعزلا بنهى المرأة قبل العلم بالنهى؛ لأن النهى فى الغائب لم يصح؛ لأنه لو صحّ إما أن يصح مقصودًا، ولا وجه إليه؛ لأن النهى مقصودًا قبل العلم لا يصح، وإما أن يصح مقتضى نهى المرأة عن الانطلاق إلى فلان، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأن نهى المرأة عن الانطلاق إلى فلان لا يصح؛ لأنه نهى عن فعل فيه طلاقها وهو الانطلاق، فيعتبر بما لو فوّض إليه طلاقها، ثم نهاها عن الإيقاع، وذلك لا يصح فكذا هذا، فصار الجواب فيه نظير الجواب فيمن وكّل رجلا أن يطلّق امرأته، ثم قال للمرأة: نهيت فلانًا أن يطلّقكِ، فإنّ فلانًا لاينعزل ما لم يعلم بالنهى؛ لأنه لو انعزل [انعزل][1] مقصودًا لا تبعًا لنهى المرأة عن شيء، وما فوّض إليها شيئًا حتى يصح نهى الغائب بطريق التبعية، وتعذّر القول بانعزاله مقصودًا بالنهى قبل العلم، فلهذا لا ينعزل قبل العلم.

٤٩٠٨- هذا إذا نهى المرأة قبل الانطلاق، أما إذا نهاها بعد الانطلاق إلى ذلك الرجل، لايصير فلان معزولا، وإن علم بالعزل، وقبل الانطلاق يصير معزولا إذا علم بالعزل والنهى، وصار الجواب فيه نظير الجواب فيما إذا قال لآخر: طلّق امرأتى إن شاءت، إذا عزل الوكيل قبل مشيئتها، صحّ العزل إذا علم بالعزل، وإذا لم يعلم لا يصح [وبعد مشيئتها لا يصح العزل، وإن علم الوكيل بالعزل؛ وذلك لأن المفوض إلى المرأة فى المسألتين جميعًا ليس بطلاق، حتى لايصح][2] نهى الزوج عن ذلك على كل حال، إنما المفوّض إليها ما هو سبب طلاقها وهو الانطلاق والمشيئة، فمن حيث إنّ المفوض إليها لم يكن طلاقًا، صح نهى الزوج إذا علم الوكيل بذلك قبل الانطلاق والمشيئة، وهو من حيث إن المفوض إليها ما هو سبب طلاقها لم يصح نهى الزوج بعد الانطلاق والمشيئة وإن علم الوكيل بذلك؛ توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الإمكان. وهذا بخلاف ما لو قال لأجنبى: انطلق إلى فلان وقل له حتى يطلّق امرأتى، ثم نهاه بعد ذلك صح النهى، ولو نهى المرأة عن الانطلاق لا يصح؛ لأن المفوض إلى الأجنبى فعل فيه طلاق المرأة، فيعتبر بما لو فوّض إليه طلاقها بأن قال له: طلّق امرأتى، ولو قال له ذلك، صح نهيه، فكذا ههنا، وههنا فوّض إلى المرأة فعلا فيه طلاقها [فيعتبر بما لو

---

(١) هكذا فى "ظ" و"م".

(٢) وفى جميع النسخ.

فوّض إليها طلاقها][1]، بأن قال لها: طلّقى نفسكِ، وهنا لا يصح نهيه إيّاها، فههنا كذلك.

٤٩٠٩- وهذا بخلاف ما لو قال لغيره: إن جاءتك امرأتى فطلّقها، أو قال: إن خرجت إليك امرأتى فطلّقها، ثم إنه نهى الوكيل عن الإيقاع بعد مجىء المرأة إليه، وبعد خروجها إليه صح النهى إذا علم، كما قبل المجىء والخروج. وإذا قال لها: انطلقى إلى فلان حتى يطلّقك، ثم نهاها بعد الانطلاق أنه لا يصح وإن علم فلان بذلك؛ لأن فى تلك المسألة لم يفوض إلى المرأة شيئًا، إنما علّق الوكالة بالطلاق بمجيئها وخروجها، فيعتبر بما لو علّق الطلاق بمجيئها وخروجها، ولو علّق الطلاق بمجيئها وخروجها لا يصير مفوّضا إليها، فههنا كذلك. أما فى مسألة الانطلاق فوض إليها فعلا فيه طلاقها، فيعتبر بما لو فوّض إليها طلاقها، وهناك لا يصح عزل الزوج، كذا ههنا.

٤٩١٠- وفى "الزيادات": إذا قال لامرأته: إذا جاء غد فطلّقى نفسكِ بألف درهم، ثم رجع قبل مجىء الغد، لا يعمل رجوعه. ولو كانت المرأة قالت: إذا جاء غد، فطلّقنى على ألف درهم، ثم رجعت قبل مجىء الغد، يعمل رجوعها، وهذا بناء على ما تقدّم ذكره أنّ الطلاق على مال من جانب المرأة بمنزلة البيع، والتقريب ما ذكرنا.

٤٩١١- ومن جنس[2] هذا: امرأة قالت لرجل: خلعت نفسى من زوجى بألف درهم، فاذهب إلى زوجى وأخبره بذلك، فلما ذهب الرجل أشهدت المرأة على أنها رجعت عن ذلك، فيصح رجوعها[3]، حتى لو بلّغ الرسول الرسالة بعد ذلك وقبل الزوج، كان قبوله باطلا؛ حتى لايقع الخلع، علم الرسول بالرجوع أو لم يعلم. وكذلك العبد إذا أعتق نفسه على مال، وأرسل بذلك إلى المولى رسولا، فلما ذهب الرسول رجع العبد، صح رجوعه علم الرسول بذلك، أو لم يعلم.

٤٩١٢- فرّق بين هذا وبينما إذا وكّلت المرأة رجلا بالخلع، أو وكّل العبد رجلا أن يشترى له نفسه من مولاه بألف درهم، ثم رجعا عن غير علم الوكيل؛ لأنه لا يعمل رجوعهما، والفرق وهو أنّ التوكيل إثبات الحكم فى حق [الوكيل][4]، فإنّ [التوكيل][5]

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى "ب" و"ف": ومن هذا الجنس.

(٣) وفى "ب" و"ف": صح رجوعه، وفى "م": حتى صح رجوعه.

(٤) هكذا فى "ب" و"ف".

(٥) هكذا فى "ظ" و"ف"، وكان فى الأصل: للوكيل.

إطلاق التصرف ، والعزل منع له عن التصرف ، ولو صحّ من غير علمه كان ذلك غرورا فى حقه ، والغرور حرام . فأما الرسالة فليس إثبات شيء للرسول ، فإنّ الرسول ينقل عبارة المرسل ، كأنّ المرسل حضر بنفسه وقال[١] له ذلك ، فلو صح الرجوع من غير علمه ، لا يكون ذلك غرورا فى حقه . ألا ترى أنّ الرسول لا تلزمه العهدة أصلا ، والوكيل فى بعض العقود يلزمه العهدة ، فكذلك لو رجعت بعد تبليغ الرسالة قبل قبول الزوج ، صح رجوعها أيضًا وإن لم يعلم الوكيل بذلك .

٤٩١٣- إليه أشار فى الكتاب : ولو كانت المرأة قالت لزوجها : اخلعنى على ألف درهم ، وقال العبد للمولى : اعتقنى على ألف درهم ، ثم رجعا من غير علمهما [لا يقبل][٢] رجوعهما ؛ لأن هذا توكيل منهما للمولى والزوج ، والتوكيل لا يقبل الرجوع[٣] من غير علم الوكيل .

٤٩١٤- ومما يتصل بهذا الفصل ، إيقاع الطلاق على المبانة والمطلّقة بصريح الطلاق ، أجمع العلماء رحمهم الله تعالى على أنّ الصريح يلحق الصريح ما دامت فى العدة ، وكذلك البائن يلحق الصريح ، والصريح يلحق البائن ما دامت فى العدة عندنا ؛ لأن بعد الإبانة محلية الطلاق باقية ما دامت العدة باقية ؛ لأن محلية الطلاق لقيام القيد ، وبعد الإبانة القيد باق ما بقيت العدة ، بدليل بقاء الأثر المختص به ، وهو المنع عن الخروج ، والبروز ، والتزوّج بزوج آخر ، والبائن لا يلحق البائن إلا أن يتقدّم سببه ، بأن قال لها : إن دخلت الدار ، فأنت طالق بائن ، ونوى به الطلاق ، ثم أبانها ، ثم دخلت الدار وهى فى العدة ، وقعت عليها تطليقة أخرى بالشرط ، عند علمائنا الثلاثة خلافًا لزفر رحمه الله تعالى .

فوجه قول زفر : إنّ المعلق بالشرط عند الشرط كالمرسل ، ولو أرسل الإبانة عند دخول الدار بعد ما أبانها لا يصح ، فلا ينزل حكم التعليق ، والدليل عليه ، أنه إذا علّق بدخول الدار ظِهارًا أو إيلاءً ، ثم أبانها ، ثم دخلت الدار لا ينزل الظهار والإيلاء ، وطريقه ما قلنا .

ولنا أنّ المعلق بالشرط [عند وجود الشرط][٤] كالمرسل ، ولكن لمّا تعلّق بالشرط [والمعلّق

---

(١) وفى "ظ" : ولو قال له . . . إلخ .

(٢) هكذا فى "م" ، وكان فى باقى النسخ التى عندنا : لا يعمل .

(٣) هكذا فى "م" ، وكان فى الأصل : والوكيل لا يقيد الرجوع .

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

بالشـرط][1] طلاق بائن لا مـجرّد الإبانة [فـينزل عند وجود الشـرط طلاق بائن لا مـجـرّد الإبانة][2]، فكأنه قال لها عند الشرط : أنتِ طلاق بائن، ومن قال لبائنة وهى فى العدّة : أنتِ طالق بائن تطلّق، كذا هنا. وإنما قلنا : إنّ المعلّق بالشرط طلاق بائـن [وامرأة بائنة][3]؛ لأن قوله : أنتِ بائن قد صح لمصادفته المنكوحة، وإنه تصلح صفة المرأة، وتصلح صفة الطلاق، يقال : طلاق بائن، وامرأة بائنة، فيجعل صفة الطلاق ليثبت السبب أولا ؛ [لأن الأصل ثبوت السبب أولا][4]، وثبوت الحكم عقيبه، والصفة تقتضى ذكر الموصوف، فيصير فى التقدير كأنه قال لها : أنتِ طالق بائن، فنزل عند الشرط أنتِ طالق بائن، والتقريب ما ذكرنا .

٤٩١٥- وهذا بخلاف ما إذا قال لبائنة : أنتِ بائن ابتداء، حيث لا يصح ولا يجعل كأنه قـال : أنتِ طالق بائـن؛ لأنه إنما يجـعل كـذلك إذا صح قـولـه : أنتِ طالـق بائـن، وقـولـه للمبانة : أنتِ بائن، لم يصح لعدم مصادفته محلها؛ لأن محل الإبانة من قام به الاتصال؛ لأن الإبانة تقطع الوصلة، والوصلة قد انقطعت بالإبانة السابقة، وهذا هو الفرق بين الصورتين .

وهكذا نقول فى فصل الظهار ؛ لأن المعلّق بالشرط عند وجود الشرط كالمرسل، إلا أنه لو أرسل الظهار بعد البينونة لا يصح ؛ لأن حكم الظهار ليس هو الطلاق، بل حكمه حرمة المتعة بشبهة المحلّلة بالحرمة[5]، والحرمة تثبت بالبينونة فلا تثبت بالظهار .

٤٩١٦- وأما مسألة الإيلاء فغير مسلّم، فإنه لو آلى منها ثم طلّقها واحدة بائنة، ثم مضت مدة الإيلاء قبل أن تنقضى عدة الطلاق، يقع عليها تطليقة أخرى بالإيلاء؛ لأن الإيلاء متى صح كان بمنزلة ما لو قال لها : إن لم أقربكِ أربعة أشهر، فأنت طـالـق، فيكون الـمعلّق بمضى أربعة أشهر لم يقربها فيها الطلاق لا البينونة ولا الحرمة، وعلى هذا إذا قال لها : أنتِ بائن غداً، ونوى به الطلاق، ثم أبانها اليوم، ثم جاء الغد تقع عليها تطليقة بالشرط عندنا .

٤٩١٧- قال مشايخنا رحمهم الله تعالى : وينبغى على قياس هذه المسألة أنه كان إذا قال لها : إن دخلت الدار فأنت بائن، ينوى به الطلاق، ثم قال لها : إن كلمت فلانًا، فأنت بائن ينوى به الطلاق، ثم دخلت الدار تقع عليها تطليقة واحدة، ثم كلمت فلانًا بعد ذلك تقع عليها

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) أثبت من "ظ".

(٣) هكذا فى "ظ".

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٥) وفى "م": حرمة المتعة للشبهة بالمحللة المحرمة .

تطليقة أخرى . وإذا قال لها : إذا جاء غد فاختارى ، ثم أبانها ، ثم جاء الغد فاختارت نفسها ، لا يقع الطلاق كما لو نجّز التخيير . وكذا إذا قال لها : اختارى ، ولم يقل : إذا جاء غدا ، ثم اختارت نفسها بعد ما أبانها ، لم يقع عليها شيء ؛ لأن قولها : اخترت إيقاع مبتدأ منها ، وليس بإيجاب[1] بشرط وقوع الطلاق ، والواقع بقولها : اخترت البينونة فإنه من جملة الكنايات ، وصار كما لو قال لها : أنتِ بائن ابتداء ، وهناك لا يقع به شيء ، فههنا كذلك . فأما الدخول في مسألة التعليق إيجاد شرط وقوع الطلاق ، والوقوع مضاف إلى التعليق السابق ، ووقت التعليق كان النكاح قائمًا ، فصحّ قوله : أنت بائن ، وصار بمنزلة قوله : أنتِ طالق بائن .

٤٩١٨- ولو قال للمختلعة : اعتدى ينوى الطلاق ، أو قال لها : استبرئى رحمك ، أو قال لها : أنتِ واحدة تقع بها تطليقة . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : لا يقع بها شيء ؛ لأنها من جملة الكنايات ، ولهذا يحتاج فيها إلى النية ، فلا يقع بها شيء كسائر الكنايات . ولهما : أنّ هذه ألفاظ في حكم الصريح على معنى أنّ الواقع بها رجعى ، وإنما اعتبرت النية ؛ لأنه يحتمل وجوهًا أخر ، أما بعد ما نوى كان الواقع صريحًا ، والصريح يلحق [الخلع][2] بالإجماع . وإذا قال للمبانة : أَبَنتُك بتطليقة ، لا يقع عليها شيء ، ولا يلغو قوله : أَبَنتُكِ بخلاف ما لو قال لها : أنتِ طالق بائن [فإنه تقع عليها تطليقة ، ويلغو قوله : بائن][3] ؛ لأن في قوله : أنتِ طالق بائن ، لو ألغينا قوله : بائن ، يبقى قوله : أنتِ طالق ، وإنه كلام مفيد في الإيقاع ، فألغيناه تصحيحًا للإيقاع ، أما في قوله : أَبَنتُك بتطليقة ، لو ألغينا قوله : أَبَنتُكِ ، يبقى قوله : بتطليقة ، وإنه غير مفيد في الإيقاع . وعلى هذا إذا قالت المختلعة لزوجها : خويشتن خريدم از تو بكابين ونفقهٔ عدت ، فقال الزوج : فروختم بيك طلاق ، لايقع شيء ، ولا يلغى قوله : فروختم ؛ لأنا لو ألغيناه يبقى قوله : بيك طلاق ، وإنه لا يفيد شيئًا .

٤٩١٩- قال القدوري في كتابه : كل فرقة توجب التحريم مؤبّدًا ، فإنّ الطلاق لايلحق المرأة؛ لأنه لا يظهر له أثر ، وكذا إذا اشترى منكوحة لا يلحقها الطلاق . وإذا ارتدّ الرجل ، ولحق بدار الحرب ، لم يقع على المرأة طلاقه ؛ لأن تباين الدارين منافى النكاح ، فيكون منافيا للطلاق الذى هو من أحكام النكاح ، فإن عاد إلى دار الإسلام وهى في العدّة ، وقع عليها الطلاق ؛ لأن المنافى وهو تباين الدارين قد ارتفع ، ومحلية الطلاق بالعدّة ، وإنها قائمة فيقع

---

(١) وفى "ب" و"ف" و"م" : بإيجاد .

(٢) هكذا فى "ظ" ، وكان فى "ب" و"ف" : الصريح .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الطلاق . وإذا ارتدّت المرأة ولحقت بدار الحرب ، لم يقع طلاق الزوج عليها ، فإن عادت قبل الحيض لم يقع طلاق الزوج عليها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ؛ لأن العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية ؛ لأن من كان فى دار الحرب ، فهو كالميت فى حقها ، وبقاء الشىء فى غير محله مستحيل ، والعدة متى سقطت لاتعود ، وسببها بخلاف الفصل الأول ؛ لأن هناك العدّة باقية لبقاء محلها ؛ لأنها فى دار الإسلام ، إلا أنّ تباين الدارين كان مانعا وقوع الطلاق ، فإذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع . قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : يقع الطلاق ؛ لأن العدة باقية عنده ، إلا أنه لم يقع الطلاق لتباين الدارين ، والتقريب ما ذكرنا .

الفصل السادس فى إيقاع الطلاق بالكتاب

٤٩٢٠- يجب أن يعلم بأنّ الكتابة نوعان : مرسومة ، وغير مرسومة ، فالمرسومة أن يكتب على صحيفة مصدَّرا ومعنونًا ، وإنها على وجهين : الأول : أن يكتب : هذا كتاب فلان ابن فلان إلى فلانة ، أما بعد : فأنتِ طالق . وفى هذا الوجه يقع الطلاق عليها فى الحال . وإذا قال : لم أعن به الطلاق ، لم يصدّق فى الحكم ؛ وهذا لأن الكتابة المرسومة بمنزلة المقال ، ولو قال لها : يا فلانة! أنتِ طالق ، ولم يذكر شرط ، يقع الطلاق عليها فى الحال . وإذا قال : لم أنوِ الطلاق ، لم يصدّق فى الحكم ؛ وهذا لأن الكتابة المرسومة بمنزلة المقالة ، كذا ههنا . وهل يدين فيما بينه وبين الله تعالى؟ ذكر هذه المسألة فى "المنتقى" فى موضعين ، ذكر فى أحد الموضعين أنه لا يدين ، وذكر فى الموضع الآخر أنه يدين .

٤٩٢١- الوجه الثانى : أن يكتب : إذا جاءكِ كتابى هذا ، فأنتِ طالق ، وفى هذا الوجه لا يقع الطلاق إلا بعد مجىء الكتاب ؛ لأنه علّق الطلاق بالشرط وهو مجىء الكتاب ، ولو علّقه بالشرط مقابلة لا يقع الطلاق قبل وجود الشرط ، كذا ههنا . فإن كتب أول الكتاب : أما بعد ، فإن جاءكِ كتابى هذا ، فأنتِ طالق [ثم كتب الحوائج ، ثم بدا له ، فمحا الحوائج ، وترك قوله : فإذا جاءكِ كتابى هذا ، فأنتِ طالق ، ثم وصل إليها هذا القدر يقع الطلاق ، وإن كان محا قوله : إذا جاءكِ كتابى هذا ، فأنت طالق][1] ، وترك الحوائج ، لا يقع الطلاق عليها وإن وصل إليها الكتاب ، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى ؛ لأن شرط وقوع الطلاق أن يصل إليها ما كتب قبل قوله هذا ، ولم يصل لما محاه قبل الوصول .

٤٩٢٢- وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى : إذا محا ذكر الطلاق من كتابه ، وترك ما سوى ذلك ، وبعث بالكتاب إليها ، فهى طالق إذا وصل ، وهكذا ذكر فى "العيون" ؛ لأن شرط وقوع الطلاق وصول كتابه إليها ، وإن محا الخطوط كلها وبعث بالبياض إليها ، لا تطلّق . وفى "القدورى" : لو محا ذكر الطلاق عنه وأنفذ الكتاب ، وقع الطلاق إن بقى منه ما سمى كتابة أو رسالة ، وإن لم يبقَ منه كلام يكون رسالة ، لم يقع الطلاق وإن وصل إليها ؛ لأن الشرط وصول كتابه إليها ، ولا بدّ من أن يبقى بعد المحو ما سمى كتابًا .

وإن كان كتب الحوائج أولا ، ثم كتب بعدها أما بعد : إذا جاءكِ كتابى هذا فأنتِ طالق

---

(١) أثبت من "ظ" .

[فبدا له محا الحوائج، وترك قوله : إذا جاءكِ كتابى هذا، فأنتِ طالق][1]، لا يقع عليها الطلاق وإن وصل إليها الكتاب. وفى "الحاوى": أنها تطلّق، وإذا محا قوله : إذا جاء كتابى هذا، فأنتِ طالق، فجاءها الكتاب طلّقت.

٤٩٢٣- وفى "المنتقى": لو كتب رجل [رسالة منه إلى امرأته، وكتب : إذا جاءكِ كتابى هذا فأنتِ طالق، فمحا ذكر الطلاق وبعث بالكتاب إليها، فإن كان صدر الرسالة أكثرها][2] على ما يكتب الناس على حاله، فالطلاق لها لازم.

معنى المسألة : أنه إن بقى بعد محو الطلاق ما يسمى كتابة أو رسالة، يقع الطلاق وما لا فلا، ألا ترى أنه ذكر بعده : فإنه كان كتب : إذا أتاكِ كتابى هذا، فأنتِ طالق، فمحا أنتِ طالق، وترك إذا أتاكِ كتابى هذا، وليس للكتاب صدر غير هذه الحروف، لم يقع عليها الطلاق، وليس هذا كتابه إليها.

٤٩٢٤- ولو كتب وسط الكتاب : إذا جاءكِ كتابى هذا فأنتِ طالق، وكتب قبله حوائج، وبعده حوائج، ثم بدا له فمحا الطلاق، وترك ما قبله طلّقت، وإن محا ما قبله أو أكثر، وترك الطلاق لم تطلّق. وفى "الحاوى": إذا كتب فصل الطلاق فى وسط الكتاب، ثم محا بعد ذلك، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إن كان ما قبل الطلاق أكثر طلّقت، وإن كان الأكثر بعده لا تطلّق.

٤٩٢٥- وفيه أيضًا : لو محا بعض الكلمات وترك بعضها، وترك فصل الطلاق أيضًا وهو فى آخره، فإن كان المحو أكثر، والمتروك أقلّ لا تطلّق، وإن كان على العكس تطلّق.

٤٩٢٦- وأما إذا كانت الكتابة غير مرسومة، فإن كانت غير مستبينة، بأن كتب على وجه لا يمكن فهمها وقراءتها، بأن كتب على الماء أو على الهواء، وفى هذا الوجه لايقع الطلاق نوى أو لم ينوِ. وإن كانت مستبينة على وجه يمكن قراءتها وفهمها، بأن كتب على الأرض أو على الحجر، إلا أنه غير مصدَّر ولا معنون، وفى هذا الوجه إن نوى الطلاق يقع، وإن لم ينوِ لايقع، فبعد ذلك إن كان صحيحًا بيّنه بلسانه، وإن كان أخرس بيّنه بالكتاب، ولو كتب الصحيح والأخرس إلى امرأته كتابًا فيه طلاقها، وكان الكتاب موسومًا، ثم جحد الكتاب، وقامت عليه البيّنة أنه كتب، فرّق بينهما قضاءً، وأما ديانة فإن كان لم ينو به الطلاق، فهى امرأته.

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

٤٩٢٧- وفى "المنتقى" : ولو كتب كتابًا فى قرطاس، وكان فيه : إذا أتاك كتابى هذا، فأنتِ طالق، ثم نسخه فى كتاب آخر، أو أمر غيره أن يكتب نسخة ولم يمل هو، فأتاها الكتاب طلقت تطليقتين فى القضاء إذا قرأتهما كتابًا، أو قامت[1] به بينة، وأما فيما بينه وبين الله تعالى يقع عليها تطليقة واحدة بأيهما أتاها، ويبطل الآخر؛ لأنهما نسخة واحدة.

٤٩٢٨- وفيه أيضًا : رجل استكتب من رجل آخر إلى امرأته كتابًا بطلاقها، وقرأه على الزوج، فأخذه الزوج وطواه وختم، وكتب فى عنوانه، وبعث به إلى امرأته، فأتاها الكتاب، وأقرّ الزوج أنه كتابه، فإنّ الطلاق يقع عليها.

٤٩٢٩- وكذلك لو قال لذلك الرجل : ابعث بهذا الكتاب إليها، أو قال له : اكتب نسخة وابعث بها إليها، وإن لم تقم عليه بينة بالكتاب، ولم يقرّ أنه كتابه، لكنه وصف الأمر على وجهه، فإنه لا يلزمها الطلاق، لا فى القضاء، ولا فيما بينه وبين الله تعالى، وكذلك كل كتاب لم يكتبه بخطِّه، ولم يملَّه بنفسه، لا يقع به الطلاق إذا لم يعلم أنه كتابه.

٤٩٣٠- وفى "المنتقى" : عن محمد رحمه الله تعالى : إذا كتب الرجل إلى امرأته : كل امرأة لى غيرك، وغير فلانة فهى طالق، ثم محا ذكر فلانة، وبعث بالكتاب لاتطلّق فلانة، وهذه حيلة جيدة.

٤٩٣١- وفى "العيون" : إذا كتب إلى امرأته : أما بعد : فأنت طالق إن شاء الله تعالى، فإن كان كتب إن شاء الله تعالى موصولا بكتابته "أما بعد : فأنتِ طالق" لاتطلّق، فإن فتر فترة بعد ما كتب أنتِ طالق، ثم كتب إن شاء الله تعالى تطلق؛ لأن الكتابة من الغائب بمنزلة التلفظ من الحاضر.

٤٩٣٢- وفى "النوازل" : إذا كتب إلى امرأته : إذا جاءكِ كتابى هذا، فأنتِ طالق، فوصل الكتاب إلى أبيها، فمزّق الكتاب ولم يدفعه إليها، فإن كان الأب هو المتصرّف فى جميع أمورها، وقع الطلاق حين وصل الكتاب إليها فى بلدها؛ لأن [الوصول][2] إلى أبيها وهو المتصرِّف فى عموم أمرها، بمنزلة الوصول إليها، وإن لم يكن هو المتصرِّف فى عموم أمرها، لايقع الطلاق؛ لأن الوصول إليه حينئذٍ لايكون كالوصول إليها.

٤٩٣٣- وفى "فتاوى أهل سمرقند" : إذا أكره الرجل بالحبس والضرب على أن يكتب طلاق امرأته، فكتب : فلانة بنت فلان طالق، لا تطلّق؛ لأن الكتاب من الغائب جعل بمنزلة الخطاب من الحاضر باعتبار الحاجة، ولا حاجة هنا حيث احتيج إلى الضرب.

---

(١) وفى "ب" : وأقامت.

(٢) هكذا فى "ب" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل و"ظ" : الواصل.

الفصل السابع فى الشركة فى الطلاق

٤٩٣٤- إذا طلّق الرجل امرأته، ثم قال لامرأته الأخرى : أشركتكِ معها فى الطلاق، وقع الطلاق على الأخرى مثل ما وقع على الأولى، ثلاثًا كان أو أقل؛ وهذا لأن الشركة تقتضى المساواة، فإذا قال للأخرى : أشركتكِ معها فى الطلاق [فقد أثبت المساواة بين الأولى وبين الأخرى فى الطلاق، والمساواة بينهما فى الطلاق][1] إنما تتحقق، إما أن ينقل نصف ما وقع على الأولى إلى الأخرى، كمن اشترى عبدا فقال لآخر : أشركتكَ فيه، يصير نصف العبد منقولا منه إلى الذى أشركه، أو بأن وقع على الأخرى مثل ما وقع على الأولى، والأول متعذِّر؛ لأن الطلاق الواقع مما لا يقبل الرفع والنقل، فتعيّن الثانى، فصار قوله : أشركتكِ مع فلانة فى الطلاق بمنزلة قوله : أوقعت [عليك مثل ما أوقعت][2] على فلانة، ولو صرّح بذلك يقع على الأخرى مثل ما وقع على الأولى، كذا هنا.

٤٩٣٥- وفى "البقالى" : لو طلّق امرأته ثلاثًا، ثم قال لامرأة له أخرى : جعلت لكِ فى هذا الطلاق نصيبًا إنه ينوى، فإن نوى واحدة فواحدة، وإن نوى نصيبًا فى كل واحدة من الثلاث فثلاث.

٤٩٣٦- وفى "المنتقى" : لو طلّق امرأته واحدة، ثم قال لامرأة له أخرى : قد أشركتكِ فى طلاقها، وقعت على الثانية واحدة، فإن قال لثالثة : قد أشركتكِ فى طلاقهما وقعت عليها ثنتان، فإن قال لرابعة : قد أشركتكِ فى طلاقهنّ، وقع عليها ثلاث تطليقات.

٤٩٣٧- وفى "البقالى" : لو طلَّق ثلاث نسوة له، واحدة واحدة، ثم قال للرابعة : قد أشركتكِ فى طلاقهنّ، وقع عليها ثلاث تطليقات، ولو طلَّقهن على التفاوت بأن طلّق واحدة منهن واحدة، وطلّق الأخرى ثنتين، وطلّق الأخرى ثلاثًا، ثم قال للرابعة : قد أشركتكِ فى طلاق إحداهنّ، فقد قيل : يخيَّر. وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الإملاء" : لو أنّ رجلا طلّق امرأته على جُعل، ثم قال لامرأة أخرى : قد أشركتكِ فى طلاقها، فقالت : لا أقبل، يلزمها الطلاق، وليس عليها من الجعل شىء. ولو أنّ هذه المرأة التى طلّقها الزوج أولا، أقامت البيِّنة على الثلاث قبل الخلع، فرجعت بالجعل الذى أعطته،

---

(١) أثبت من "ظ" و "ف".

(٢) أثبت من "ظ"، وفى "م" : بمنزلة قوله : أوقعتك عليك مثل ما أوقعت عليك مثل ما أوقعت.

فإن كان الزوج جاحدا للطلقات الثلاث يعنى قبل إقامة البيّنة وبعدها، يقع الطلاق على الثانية بغير شيء، فإن كان مصدِّقا لها فيه يعنى بعد إقامة البيِّنة، لم يقع على الثانية بغير شيء.

٤٩٣٨- وفى "القدورى": ولو قال لامرأتين له: أشركت بينكما فى تطليقتين، فهو بمنزلة قوله: بينكما طلقتان، حتى يقع الطلاق على كل واحدة تطليقة واحدة. وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه يقع على كل واحدة تطليقتان.

٤٩٣٩- وفى "البقالى": وفى "المنتقى": إذا طلّق امرأة له ثم تزوّجها، ثم قال لامرأة أخرى له: قد أشركتكِ فى طلاق فلانة، طلِّقت. ولو قال: أشركتكِ فى طلاق فلانة، ولم يكن طلّقها، أو كانت فلانة تحت زوج آخر قد طلّقها أو لم يطلِّقها، ففى امرأة الغير لا يلزم امرأته طلاق إن كان طلّقها أو لم يطلِّقها نوى الزوج طلاقًا أو لم ينو، وفى امرأة يملكها لا تطلّق الثانية إذا لم يكن طلّق تلك، ولا يكون هذا إقرارًا بطلاق تلك. رواه بشر عن أبى يوسف وأبو سليمان عن محمد رحمه الله تعالى مطلقًا، وزاد فى البقالى: ولا يكون هذا إقرارًا بطلاق تلك إلا أن يقول: أشركتكِ فى طلاق فلانة التى طلّقها.

٤٩٤٠- وفى "البقالى" أيضًا: لو أشركها فى طلاق امرأة الغير لا يصح إلا أن يقول: أنا أوقع طلاقه الذى أوقع عليها على امرأتى.

ولو قال لامرأة له: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، ثم قال لامرأة أخرى له: قد أشركتكِ فى هذه التطليقة، فإذا دخلت الدار طلِّقتا. وكذلك لو قال لامرأة أجنبيّة: إن تزوّجتكِ فأنت طالق، ثم قال لامرأة أخرى له: قد أشركتكِ فى طلاق هذه، فإذا تزوّجها طلِّقتا، وإذا تزوّج امرأة نكاحا فاسدًا، ثم طلّقها ثلاثًا، ثم قال لامرأة له: قد أشركتك فى طلاق هذه، ولا نية له لم تطلّق. ولو قال: قد أشركتكِ فى الطلاق الذى تكلمّت به، طلّقت ثلاثًا.

٤٩٤١- وفى "المنتقى": إذا قال لامرأته: إن طلّقتكِ فهذه مثلك لامرأة أخرى، ولا نية له فى الطلاق، أو نوى الطلاق ثم إنه طلّق الأولى ثلاثًا، تطلّق هذه الأخيرة واحدة. وكذلك إذا قال لامرأته: متى ما أطلِّقكِ فهذه الأخرى مثلكِ ينوى الطلاق، فطلّق الأولى ثلاثًا طلّقت الأخرى واحدة إلا أن ينوى ثلاثًا. وإن طلّق الأولى واحدة طلّقت الأخرى واحدة. وفى "نوادر ابن سماعة": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا طلّق الرجل امرأته، ثم قال لامرأة أخرى له: أنتِ مثلها ينوى به الطلاق، أو قال لها: أنتِ نظيرها ينوى به الطلاق، فهى طالق، وكذلك لو قال رجل آخر لامرأته.

٤٩٤٢- وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : فى أَمَة أُعتقت واختارت نفسها، فقال زوجها لامرأة أخرى له : قد أشركتكِ فى طلاق هذه، لا يقع عليها طلاق . وكذلك كل فرقة بغير طلاق . ولو قال : قد أشركتكِ فى فرقة هذه، أو قال : قد أشركتكِ [فى طلاق هذه لايقع عليها طلاق . وكذلك كل فرقة بغير طلاق، ولو قال : قد أشركتكِ][1] فى بينونة ما بينى وبينها، لزمتها تطليقة بائنة، وإن نوى ثلاثًا فثلاث . وإن قال : لم أنو الطلاق لم يدين فى القضاء، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . وروى أبو سليمان عن محمد رحمه الله تعالى أنه لايقع عليها شيء .

٤٩٤٣- وفى "المنتقى" : إذا خلع امرأته على ألف، ثم قال لامرأة أخرى له : قد أشركتكِ فى خلع هذه، فإن قبلت وقع عليها الخلع بخمسمائة، وعلى قياس ما تقدّم ينبغى أن يقع عليها الخلع بألف إذا قبلت ؛ لأنه تعذّر إثبات المساواة بينهما بنقل نصف الخلع بنصف المال إلى الأخرى، فتعيّن إثبات المساواة بإيقاع مثل ذلك على الأخرى .

(١) هكذا فى "م" .

الفصل الثامن فى الطلاق الذى يكون من غير الزوج فيجيز الزوج الطلاق، فيقع أو لا يقع

٤٩٤٤- إذا قالت المرأة لزوجها : قد طَلَّقت نفسى ، فقال الزوج : قد أجزت ذلك ، فهذا جائز ، ويقع عليها تطليقة رجعية ؛ لأن هذا تصرّف فضولى لم يجد نفاذًا عليها ؛ لأن المرأة لاتملك الإيقاع على نفسها ، وله مجيز حال وقوعه وهو الزوج ، فيتوقّف على إجازته ، فإذا أجاز ينفذ . ويقع الطلاق رجعيًا ؛ لأن الفضولى عند الإجازة كالوكيل ، وقول الوكيل[1] ينقل إلى الموكِّل فيما لا يرجع حقوقه إلى الوكيل ، فكأنَّ الزوج قال لها : طَلَّقتكِ ، وهناك يقع الطلاق رجعيًا ، ولا يشترط نية الطلاق من الزوج عند قوله : أجزت [لوقوع الطلاق][2] ، ولو نوى الزوج الثلاث عند قوله : أجزت لا يصح نيّته ؛ لأن تقدير هذه المسألة كأنّ الزوج قال لها : طَلَّقتكِ ، وهناك لا يحتاج إلى نية الزوج ، ولا يصح منه نية الثلاث ، كذا هنا .

٤٩٤٥- وكذلك إذا قالت : أَبَنتُ نفسى منكَ ، أو حرَّمت نفسى عليكَ ، فقال الزوج لها : أجزت ذلك ، وهو يريد الطلاق يقع الطلاق ؛ لأن هذا تصرّف فضولى [لم يجد نفاذًا على الفضولى][3] ، وله مجيز حال وقوعه وهو الزوج ، فيقف على إجازة الزوج ، فإذا أجازه ينفذ ، فيصير تقدير المسألة كأنّ الزوج قال : أَبَنتُكِ ، حرمّتكِ على نفسى ، ولهذا يحتاج إلى نية الطلاق عند قوله : أجزت ، ويصح نية الثلاث ، وعند عدم نية الثلاث ، يقع تطليقة بائنة ؛ لأن هذه الألفاظ من جملة الكنايات ، والواقع بالكنايات بائن ، ويصح نية الثلاث فيها .

٤٩٤٦- ولو قالت : اخترت نفسى ، فقال الزوج : قد أجزت ونوى طلاقًا لا يقع ؛ لأنه ليس لقولها : اخترت نفسى مجيز حال وقوعه ؛ لأن الزوج لا يملك إجازة ذلك ؛ لأن ملك الإجازة يستفاد من ملك الإنشاء ، والزوج لا يملك الإنشاء [الإيقاع][4] بهذه اللفظة ، فإنه لو قال لها : اخترتكِ ، اخترت نفسك ، ونوى الطلاق لا يقع ؛ لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه .

٤٩٤٧- ولو قالت المرأة : جعلت أمرى بيدى ، فقال الزوج : قد أجزت ذلك ، وهو يريد

---

(١) وفى "ب" : وفعل الوكيل .

(٢) أثبت من "ب" و"م" .

(٣) أثبت من النسخ التى عندنا جميعًا .

(٤) أثبت من "ب" و"ف" و"م" .

الطلاق صار أمرها بيدها ؛ لأن الزوج يملك جعل أمرها بيدها بهذه اللفظة ، بأن يقول : جعلت أمركِ بيدكِ ، فكان لهذا التصرّف مجيز حال وقوعه ، فيتوقّف على إجازته ، وينفذ بإجازته . فإن اختارت نفسها بعد ذلك فى المجلس يقع الطلاق ، وما لا فلا . وكذلك لو قالت : جعلت الخيار إلىّ ، فقال الزوج : أجزت ذلك وهو يريد الطلاق صار الخيار إليها . ولو قالت : جعلت أمرى بيدى ، واخترت نفسى ، فقال الزوج : اخترت ذلك صار الأمر بيدها ، ولكن لا يقع الطلاق ما لم تختر نفسها بعد إجازة الزوج فى مجلسها ذلك ؛ لأنها باشرت تصرفين ، لإحداهما الزوج مجيز وهو يجعل الأمر بيدها ، ولا مجيز للآخر وهو الاختيار ، فيتوقّف الأمر باليد على الإجازة ، ولا يتوقّف [الاختيار][1] بل يبطل ، فإذا أجازهما صار الأمر بيدها ، فإن اختارت نفسها بعد ذلك فى مجلسها ذلك ، طلّقت وما لا فلا .

٤٩٤٨- ولو قالت : قد كنت جعلت أمس أمرى بيدى ، فاخترت نفسى ، وقال الزوج : صدقت ، وقد أجزت ذلك الساعة ، وهو يريد الطلاق يصير الطلاق بيدها ، ولكنها لا تطلّق إلا إذا اختارت نفسها فى ذلك المجلس . ولو كانت قالت : قد كنت قلت أمس : أمرى بيدى اليوم كله ، واخترت نفسى ، فقال الزوج : صدقت ، وقد أجزت ذلك الساعة ، كان ذلك باطلا ، حتى لو اختارت نفسها بعد إجازة الزوج ، لا يقع عليها الطلاق . والفرق أنّ فى المسألة الأولى ذكر أمس لبيان وقت التفويض على سبيل التاريخ ، لا لتأقيت التفويض بالأمس كقوله : بعت أمس أجزت أمس ، فبقى الأمر مرسلا غير موقّت بالأمس ، فيكون قائمًا وقت الإجازة ، والإجازة لاقت تفويضًا قائمًا وقت الإجازة فعملت ، أما ذكر أمس فى المسألة الثانية لبيان تأقيت التفويض به لا لبيان تاريخ التفويض ؛ لأنه ذكر الأمس مطلقًا ، وذكر بعض الأمس يكفى فى التاريخ ، فلم يكن لقوله : كله ، فائدة سوى التأقيت به ، ألا ترى أنّ من قال لآخر[2] : آجرتُ منك هذا العبد اليوم كله ، كان ذكر اليوم للتأقيت حتى يجوز العقد . وإذا قال : بعت منك هذا العبد اليوم كله ، كان ذكر اليوم للتأقيت حتى يبطل العقد ، فكذا هنا ، لما ذكر الأمس لتأقيت التفويض به لايبقى التفويض بعده ، فالإجازة تلاقى تفويضًا منتهيًا ، فلايعمل هذه الإجازة .

٤٩٤٩- هذه الجملة من أيمان "الجامع الصغير" : وفى طلاق "الجامع" : رجل قال لامرأة رجل : جعلت أمركِ بيدكِ ، فقالت : قد اخترت نفسى ، فبلغ الزوج الخبر فقال : أجزت ذلك

---

(١) أثبت من النسخ التى عندنا ، وكان فى الأصل : الأمر باليد .

(٢) وفى "ب" و"ف" و"م" : لغيره .

كله، صار الأمر بيدها، ولكن لا يقع الطلاق ما لم تختر نفسها فى مجلس علمها بإجازة الزوج. والمعنى ما ذكرنا فى قول المرأة: جعلت أمرى بيدى فاخترت نفسى، ولو قالت المرأة: جعلت أمرى بيدى، وطلّقت نفسى بذلك، فأجاز الزوج ذلك، طلّقت واحدة رجعيّة، وصار الأمر بيدها، حتى لو طلّقت نفسها [بحكم التفويض][1] يقع طلاق آخر بائن؛ لأنها تصرّفت تصرُّفين الطلاق والتفويض، والزوج مجيز لهما، فيتوقّف على إجازته، ونفذا بإجازته. وكان ينبغى أن لا يكون الواقع للحال رجعيًا؛ لأنها أوقعت الطلاق بطريق الاختيار حيث قالت: وطلّقت نفسى بذلك، أى بذلك التخيير الذى جعلت بيدى، والواقع بالتخيير يكون بائنًا. والجواب: أنّ إشارتها لا تصح؛ لأنها لا تملك التطليق قبل التفويض، وقبل الإجازة لم يوجد التفويض إليها، فلغت الإشارة وبقى أصل الطلاق، وصار كأنها قالت: جعلت أمرى بيدىّ وطلّقت نفسى.

٤٩٥٠- ولو قالت المرأة لزوجها: قد اخترت نفسى منكَ، كان باطلا؛ لأن اختيارها نفسها لا يتوقّف على الإجازة، ولا ينفذ ذلك منها لاختيارها نفسها قبل صيرورة الأمر بيدها، فيبطل ضرورة.

٤٩٥١- رجل قال لامرأة رجل: إن دخلتِ هذه الدار فأنت طالق، فأجاز الزوج ذلك، ثم دخلت هذه الدار [طلّقت، ولو دخلت الدار][2] قبل إجازة الزوج لا تطلّق، فإن عادت بعد الإجازة، فدخلت الدار تطلّق؛ لأن تصرُّف الفضولى إنما يصير يمينًا بإجازة الزوج، والأيمان تقتضى شروطًا فى المستقبل.

٤٩٥٢- ولو أنّ رجلا قال لرجل: بلَغَنى أنّ امرأتى تخرج من منزلها وأنا غائب، وأنا أريد أن أحذِّرها، فأكتب فى ذلك كتابًا، فكتب الرجل إليها: أما بعد: فإن خرجتِ من منزلكِ فأنت طلاق ثلاثًا، فخرجت المرأة من المنزل بعد ما كتب الرجل الكتاب، قبل أن يقرأ الكتاب على الزوج، ثم قرأه على الزوج فأجازه، وبعث بالكتاب إلى المرأة، فليس يقع بالخروج الأول شىء، وإنما هذا على خروج وجد بعد الإجازة؛ لأن قول الزوج للكاتب: اكتب فى ذلك كتابًا، ليس فيه ما يدلّ على الطلاق، وإنما أمره أن يكتب كتابًا يمنعها من الخروج بعظة يعظها، وقد يكون ذلك بالطلاق، وقد يكون بغيره، فلم يكن الأمر بالكتابة أمرًا بكتابة اليمين بالطلاق، وكان فضوليًا، فكتابة اليمين بالطلاق، فإنما [ينعقد يمينًا][3] إذا أجاز الزوج،

(١) أثبت من "ب" و "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) هكذا فى "ب" و "ف"، وكان فى الأصل و "ظ" و "ف": فإنما ينفذ.

ولامعتبر بالشروط قبل انعقاد اليمين .

٤٩٥٣- وفى "المنتقى" : عن ابن سماعة قال : سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى ، يقول فى رجل قال لامرأة غيره : إن دخلت هذه الدار ، فأنت طالق ، فقال الزوج : نعم : فقد حلف الزوج بذلك كله ، فإن دخلت بعد قوله : نعم فهى طالق ، وكذلك لو كان مكان قوله : نعم أجزت ذلك ، أو قال : ألزمت نفسى ذلك ، أو قال : ألزمتها ذلك ، ولو لم يقل الزوج : شيئًا حتى دخلت الدار ، فقال : قد أجزت ذلك الطلاق علىّ فهو جائز .

٤٩٥٤- وفى أيمان "القدورى" : إذا قال الرجل : امرأة زيد طالق ، وعبده حرّ ، وعليه المشى إلى بيت الله تعالى إن دخل هذه الدار ، فقال زيد : نعم ، فقد حلف بذلك كله ، ولو لم يقل : نعم ، ولكن قال : قد أجزت ذلك كله ، فهذا لم يحلف على شىء ، وإنه يخالف مسألة الجامع التى تقدّم ذكرها . ولو قال : أجزت ذلك على إن دخلت الدار ، أو قال : ألزمته نفسى إن دخلت الدار ، لزمه الطلاق .

٤٩٥٥- وفيه أيضًا : لو قال : امرأة زيد طالق ، فقال زيد : أجزت ، أو رضيت ، أو ألزمت نفسى ، لزمه الطلاق . وفيه أيضًا : لو قال الرجل : إن بعت هذا المملوك من زيد ، فهو حرّ ، فقال زيد : نعم ، ثم اشتراه زيد ، لا يعتق عليه . ولو قال : إن اشترى زيد منّى هذا العبد ، فهو حرّ ، فقال زيد : نعم ، ثم اشتراه عتق عليه .

٤٩٥٦- وفى "المنتقى" : إذا طلّق الرجل امرأة رجل ، أو أعتق عبده ، أو باعه ، فقال الزوج أو المولى : رضيت بذلك ، أو قال : شئت فهو إجازة ، ولو قال : أحببت ذلك ، أو هويت ، أو أردت ، أو قال : أعجبنى ذلك ، أو قال : وافقنى ذلك ، فليس ذلك بإجازة .

٤٩٥٧- وفيه أيضًا : إذا قال الرجل لامرأة رجل : اختارى ينوى الطلاق ، فاختارت نفسها ، أو قال لها : أمرك بيدك ينوى به الطلاق ، فاختارت نفسها ، أو قال لها : أنتِ طالق إن شئت ، فقالت : شئت ، فقال الزوج : قد أجزت ذلك ، فهى طالق . ولو قال : أجزت قوله : أمرك بيدكِ ، وأجزت قوله : اختارى ، لم يلزمها الطلاق إلا أن تختار نفسها بعد إجازة الزوج فى مجلس علمها بإجازة الزوج .

٤٩٥٨- وفيه أيضًا : إذا قالت لنفسها : إذا ولدت ولدًا فأنا طالق ، فولدَت ولدًا ، فقال الزوج : قد أجزت ذلك ، فهى طالق . ولو قال : ألزمت نفسى قولكِ ، إذا ولدت ولدا لا تطلّق ما لم تلد ولدًا آخر ، ولو قالت : أنا طالق بألف درهم ، فقال الزوج : نعم ، لزمتها تطليقة بألف درهم .

الفصل التاسع فى الاستثناء فى الطلاق

يجب أن يعلم بأنّ الاستثناء يصح موصولا، ولا يصح مفصولا، وشرطه أن يتكلم بالحروف، سواء كان مسموعًا أو لم يكن عند الشيخ أبى الحسن الكرخى، وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى يقول: لا بدّ وأن يسمع نفسه، وبه كان يفتى الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى.

٤٩٥٩- قال الكرخى فى كتابه: كلمة "إن شاء الله" إذا وصلت بالكلام، ترفع حكمه أى تصرّف كان. وحكى عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى، إذا قال الرجل: نويت أن أصوم غدًا إن شاء الله، كانت نيّة صحيحة، حتى لو صام غدًا بهذه النيّة يجوز استحسانًا.

وتخرج المسألة من وجهين: أحدهما: أنّ كلمة "إن شاء الله" فى هذه الصور تستعمل لطلب التوفيق عادة، ولا تستعمل للتعليل، حتى لو استعملها للتعليل لا يصح نيّته أيضًا. الثانى: أنّ الاستثناء عمل اللسان، فيرفع حكم كل تصرّف يختص باللسان، محله الطلاق، والعتاق، والبيع، والهبة، والنية عمل القلب، لاتعلّق له باللسان، فلا يرفع الاستثناء حكمه.

٤٩٦٠- وذكر فى "القدورى"[1]: المريض إذا قال لورثته: اعتقوا فلانًا عنى بعد موتى إن شاء الله، صحّ الإيصاء حتى يجب عليهم الإعتاق، وتخريجه: أنّ [هناك الاستثناء دخل فى الأمر، و][2] الاستثناء يعمل فى الإيجاب لا فى الأوامر لفقه، وهو أنّ الإيجاب يقع لازمًا، فيحتاج فيه إلى الاستثناء حتى لا يلزمه حكمه، وأما الأوامر لا تقع لازمة، فإنه يمكن الرجوع عنها، فلا تقع الحاجة فيهما إلى الاستثناء، وصار الحاصل: أنّ كلمة "إن شاء الله" إذا دخلت على ما لا يختص باللسان، وهو إيجاب يرفع حكمه، وإذا دخلت على ما لا يختص باللسان وهو أمر وليس بإيجاب، لا يرفع حكمه، وسيأتى بعد هذا مسألة تدلّ على أنّ كلمة "إن شاء الله" إذا دخلت على الأمر ترفع حكمه.

٤٩٦١- إذا قال لها: أنت طالق إن شاء الله فهذا استثناء، وكذلك إذا قال لها: أنت طالق ما شاء الله فهو استثناء، وكذلك إذا قال: إلا أن يشاء الله. ولو قدّم الاستثناء، فإن كان

---

(١) وفى "ب" و"ف" و"م": وذكر فى الفتاوى.

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

ذكر الطلاق بحرف الفاء بأن قال : إن شاء الله فأنت طالق، فهذا استثناء صحيح، وكذلك إذا قال : إن شاء الله فوالله لا أدخل هذه الدار، فهذا استثناء صحيح، لو دخل الدار لا يحنث فى يمينه، ألا ترى أنه لو ذكر مكان إن شاء الله شرطًا آخر، بأن قال مثلا : إن دخلت الدار فأنت طالق، كان تعليقًا صحيحًا. وإن ذكر الطلاق بدون حرف الفاء بأن قال : إن شاء الله أنت طالق، فهذا استثناء صحيح فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى. [وقال محمد رحمه الله تعالى : هذا استثناء منقطع، والطلاق واقع فى القضاء، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى إن كان أراد به الاستثناء][1]، ذكر الخلاف على هذا الوجه فى "القدورى".

٤٩٦٢- وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال : إن شاء الله وأنتِ طالق، فهذا استثناء. وعنه أيضًا أنه ليس باستثناء، وعنه أيضًا إذا قال : أنتِ طالق وإن شاء الله، وقال : أنتِ طالق فإن شاء الله، فهذا ليس باستثناء.

٤٩٦٣- فى "المنتقى" : إذا قال لها : أنتِ طالق ثلاثًا إلا ما شاء الله، أنها تطلّق واحدة. قال ثمة : واجعل الاستثناء على الأكثر، وذكر بعد ذلك مسائل : أنتِ طالق ثلاثًا إلا ما شاء الله، أنت طالق ثلاث إلا أن يشاء الله، وذكر ثمة أنه لا يقع الطلاق أصلا. وإذا قال لها : أنتِ طالق إن شاء الله، ولا يدرى أى شىء إن شاء الله، لا يقع الطلاق؛ لأن الطلاق مع الاستثناء ليس بإيقاع، فعلمه وجهله يكون فيه سواء، ألا ترى أنّ سكوت البكر لما جعل رضا شرعًا، استوى فيه العلم والجهل، حتى لو زوّجها أبوها فسكتت، وهى لا تعلم أنّ السكوت رضا، يجوز النكاح، ولم يعتبر جهلها. ولو قال لها : أنتِ طالق، فجرى على لسانه من غير قصده إن شاء الله، وكان قصده إيقاع الطلاق، لا يقع الطلاق؛ لأن الاستثناء قد وجد حقيقة، والكلام مع الاستثناء لا يكون إيقاعا، فهو نظير ما لو قال لها : أنتِ طالق، فجرى على لسانه : أنتِ غير طالق.

٤٩٦٤- ولو ضمّ مع مشيئة الله مشيئة غيره كان استثناء، بأن قال : أنتِ طالق إن شاء الله وشئت، أو قال : إن شاء الله وشاء فلان. ولو شرط مشيئة من لا يعلم مشيئته نحو أن يقول : إن شاء جبريل، أو الملائكة، أو الشياطين، كان استثناء وبطل الكلام، وهذا وما لو شرط مشيئة الله سواء.

٤٩٦٥- وفى "الجامع" : ولو قال لرجل : طلّق امرأتى إن شاء الله وشئت، فطلّقها المخاطب لا يقع، وكذلك لو قال له : طلّق امرأتى ما شاء الله وشئت، فطلّقها المخاطب لايقع؛

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

لأن معنى قوله : ما شاء الله وشئت ، العدد الذى شاء الله وشئت ، ولا يدرى إن شاء الله أى عدد شاء ، أو شاء شيئًا أو لم يشأ أصلا ، وهذه المسألة تدلّ على أنّ كلمة "إن شاء الله" إذا دخلت على الأمر يرفع حكمه .

٤٩٦٦- ولو قال له : طلّق امرأتى بما شاء الله أو شئت ، أو قال : اعتق عبدى بما شاء وشئت ، فطلّقها أو أعتقه على مال ، يجوز ؛ [لأن ههنا][1] أدخل المشيئة على البدل[2] ، لا على الطلاق والعتاق ، فينتفى ذكر البدل ، فيبقى الأمر بالطلاق والعتاق مطلقًا ، فأما فى قوله : ما شاء الله ، أدخل المشيئة فى عدد الطلاق ، ولايدرى أى عدد شاء الله .

٤٩٦٧- وفى "النوازل" : إذا قال لامرأته : أنت طالق اليوم واحدة إن شاء الله ، وإن لم يشأ ثنتين ، فمضى اليوم ولم يطلّقها [وقع ثنتان ؛ لأن الله تعالى لو شاء الواحدة من طلاقها ، لطلّقها قبل مضى اليوم ، فلما لم يطلّقها علم أنه لم يشأ الواحدة ، وقد علّق لعدم مشيئة الواحدة تطليقتان ، فلهذا قال : إذا مضى اليوم ولم يطلّقها][3] طلّقت تطليقتين ، وإن طلّقها واحدة قبل مضى اليوم ، لا يقع عليها إلا تلك الواحدة ؛ لأن وقوع ما زاد على الواحدة ، معلّق بعدم مشيئة الله تعالى الواحدة اليوم ، وقد شاء ذلك حتى طلّقها الواحدة قبل مضى اليوم . ولم يقيّده باليوم ، فقال لها : أنتِ طالق واحدة إن شاء الله ، وأنت طالق ثنتين إن لم يشأ الله ، لايقع شيء[4] ؛ لأن قوله : أنت طالق إن شاء الله كلام صحيح ، فلا يقع به شيء ، وقوله : أنتِ طالق ثنتين إن لم يشأ الله ، إذا لم يقيّده باليوم كان باطلا ؛ لأنه لو صح ، لبطل من حيث صحّ ؛ لأنه لو وقع الطلاق تثبت مشيئة الله تعالى ؛ لأن وجود الأشياء كلها بمشيئة الله تعالى بخلاف ما إذا قيّده باليوم .

٤٩٦٨- وذكر هذه المسألة فى "المنتقى" ووضعها فى الثنتين والثلاث ، فقال لها : أنتِ طالق اليوم ثنتين إن شاء الله ، وإن لم يشأ الله فى اليوم فأنت طالق ثلاثًا ، فمضى اليوم ولم يطلّقها طلّقت ثلاثًا ، وإن لم يكن وقت فى اليمينين جميعًا ، فهو إلى الموت ، فإذا لم يطلّقها طلّقت قبل الموت بلا فصل ، هذه الزيادة فى "المنتقى" ، وإنه يخالف ما ذكر فى "النوازل" ، وذكر فى "المنتقى" أيضًا قبل هذه المسألة ، إذا قال لها : أنتِ طالق إن لم يشأ الله طلاقكِ لا تطلّق

---

(١) هكذا فى "م" و "ب" و "ف" ، وكان فى الأصل و "ظ" : لأنه .

(٢) وفى "ب" و "ف" و "م" : القول .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٤) وفى "ظ" : لم يقع شيء .

بهذا اليمين أبدًا، وإنه يوافق ما ذكر فى "النوازل". فى "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى إذا قال لها: طلّقتكِ أمس إن شاء الله، أنه لا يقع الطلاق.

نوع آخر فيما يقع الفصل بين الإيجاب والاستثناء، وفيما لا يقع:

٤٩٦٩- عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فيمن حلف بالطلاق واستثنى، وتنفس بين الاستثناء وبين الطلاق، ووجد من التنفس بدّا، أو لم يجد، قال: إذا وصله فهو استثناء. قال فى "الجامع": وإذا قال لامرأته: يا زانية! أنت طالق إن شاء الله، كان استثناء على الطلاق، ويصير قاذفًا للحال. ولو قال لها: أنت طالق يا زانية بنت الزانية إن شاء الله، فالاستثناء على الكل حتى لا يقع الطلاق، ولا يلزمه حد ولا لعان؛ لأن النسبة إنما تذكر [لتعريف][1] المنادى وتفهيمه وإعلامه، فيصير من جملة النداء، والنداء لا يصير فاصلا، فكذا ما هو من جملة النداء. فإن قيل: التعريف [يقع][2] بالنسبة إلى الأب دون الأم، فلم يكن قوله: بنت الزانية محتاجًا إليه لتعريف المنادى، فيجب أن يصير فاصلا. قلنا: النسبة إلى الأم مما يقع به التعريف، إلا أنّ الأم لا تذكر فى النسبة، لا لأن التعريف بها لا يقع، لكن لأن الأنساب إلى الآباء، ألا ترى أنه لو قال لها: أنتِ طالق يا عمرة بنت فاطمة، إن دخلت الدار، لا يكون قوله: بنت فاطمة، فاصلا كما لو قال: يا عمرة بنت عبد الله، وطريقه ما قلنا.

٤٩٧٠- ولو قال لها: أنت طالق ثلاثًا يا طالق إن شاء الله، يصرف[3] الاستثناء إلى الكل، حتى لا يقع شيء من الطلاق. وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: أنه يقع ثلاث تطليقات، ويصير قوله: يا طالق، فاصلا بين الثلاث، فعلى هذه الرواية فرّق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذه المسألة وبين ما إذا قال لها: أنتِ طالق [ثلاثًا][4] يا زانية إن دخلت الدار، حتى لا يصير قوله: يا زانية! فاصلا بين الطلاق والشرط، حتى يتعلّق الطلاق بالدخول، وهنا قال بالطلاق، يصير فاصلا.

والفرق أنّ قوله: يا طالق! إن كان نداء بصيغة، فهو إيقاع بمعناه، وبهذا إذا قال لها: يا طالق! تطلّق كما لو قال لها: أنتِ طالق، وإذا كان هذا إيقاع معنى، صار كأنه قال لها: أنتِ

---

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: لنفس بين.

(٢) أثبت من "ب" و"م".

(٣) وفى "ب" و"م": انصرف.

(٤) أثبت من "ظ".

طالق ثلاثًا ، أنتِ طالق إن شاء الله ، ولو قال هكذا كان قوله : أنتِ طالق ، فاصلا بين الاستثناء وبين الثلاث ، كذا ههنا . أما قوله : يا زانية! إخبار عن صفة قائمة بها ، وليس بإيقاع ، فبقى نداء ، والنداء لا يصير فاصلا بين الشرط والجزاء ، والصحيح ما ذكر فى ظاهر الرواية ؛ لأن قوله : يا طالق! نداء بصيغة ، وليس بإيقاع ، وإنما يثبت الوقوع بقوله : يا طالق! بطريق الضرورة لا بموجب الصيغة ؛ ليصير اللفظ نداء لمعنى قائم بالمنادى ، وهنا لا ضرورة إلى القول بالوقوع بطريق الاقتضاء ، أو لا يمكن[1] القول به لما كان الاستثناء متصلا بقوله : يا طالق! فكان نداء بصورته كقوله : يا فاطمة! يا عائشة! والنداء لا يصير فاصلا .

٤٩٧١- وفى "المنتقى" : إذا قال : أنتِ طالق ثلاثًا يا عمرة بنت عبد الله إن شاء الله ، لاتطلّق ، ولو قال : أنتِ طالق ثلاثًا يا عمرة بنت عبد الله بن عبد الرحمن إن شاء الله تطلّق ، فالنسبة إلى الأبوين وأكثر من ذلك فاصل بين الإيقاع والاستثناء ، والنسبة إلى أب واحد ليس بفاصل . وفى "نوادر بشر بن الوليد" : عن أبى يوسف رحمه الله تعالى إذا قال لها : أنتِ طالق ثلاثًا يا زانية إن شاء الله ، فالاستثناء [على الآخر وهو القذف يقع الطلاق ، وكذلك إذا قال لها : أنتِ طالق يا طالق إن شاء الله . ولو قال لها : أنتِ طالق يا خبيثة إن شاء الله ، فالاستثناء][2] عن الكل ، ولايقع الطلاق ، كأنه قال : يا فلانة! وذكر ثمة أصلا فقال : المذكور فى آخر الكلام إذا كان يقع به طلاق ، أو يجب به حد ، فالاستثناء عليه نحو قوله : يا زانية ، ويا طالق! وإن كان لا يجب به حد ولا يقع به طلاق ، فالاستثناء عن الكل ، وذلك نحو قوله : يا خبيثة! .

٤٩٧٢- وفى "الجامع" : إذا قال : امرأتى طالق إن دخلت الدار ، وعبدى حر إن كلمت فلانًا إن شاء الله ، فالاستثناء ينصرف إلى اليمين . وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه يقتصر الاستثناء على اليمين الثانية . حكى عن الشيخ الإمام الكرخى أنه كان يقول : حاصل الخلاف فى هذه المسألة راجع إلى مسألة أخرى مختلفة ، أنّ قوله : إن شاء الله تستعمل استعمال الإبطال للكلام ، أو تستعمل استعمال الشرط للتعليق ، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى تستعمل استعمال الشرط للتعليق ، وعلى قولهما تستعمل استعمال الإبطال ، حتى إنّ من قال لامرأته : إن شاء الله أنت طالق ، إن شاء الله وأنت طالق ، فعلى قولهما : لا يقع الطلاق ، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى : يقع . ولو كان يستعمل عندهما استعمال الشرط للتعليق ، لكان يقع الطلاق عندهما ، كما يقع عند أبى يوسف رحمه الله تعالى ، ألا

---

(١) وفى "ب" : إذا لم يمكن .

(٢) أثبت من "ب" و "ظ" .

ترى أنه لو قـال لامـرأته : إن دخلت الدار فـأنت طالق ، إن دخلت الدار وأنت طالق ، يقع الطلاق فى الحال عند الكل ؛ لما كان قوله : إن دخلت الدار تستعمل استعمال الشرط .

ذكر الكرخى الخلاف فى مسألة المشيئة على هذا الوجه ، وقد حكينا عن القدورى الخلاف فى مسألة المشيئة على عكس هذا ، وعلى ما ذكره الكرخى عن أبى يوسف يعتبر اللفظ ، ويقول : اللفظ لفظ شرط ، وهما قالا : إنما يعتبر اللفظ عند الإمكان ولا إمكان هنا ؛ لأن معنى الشرط [غير موجود ههنا ؛ لأن الشرط][1] ما ينتظر وجوده ، لا ما لا ينتظر وجوده ، ألا ترى أنه لو علّق الطلاق بفعل ما مضى لا يكون ذلك شرطا بالاتفاق ؛ لأنه لا يمكن انتظاره . قلنا : إنما ينتظر الشيء ليتوصّل إلى معرفته ، ومشيئة الله تعالى مما لا يتوصل إلى معرفته ، فلا يصح انتظاره . إذا ثبت أنّ من مذهب أبى يوسف رحمه الله تعالى أنّ هذا الكلام يستعمل استعمال الشرط يقتصر على الثانى كصريح الشرط ، وعندهما لما كان يستعمل استعمال الإبطال ، ينصرف إليهما ؛ لأنه كما مسّت الحاجة إلى إبطال الثانى مسّت الحاجة إلى إبطال الأول ، والكلام متصل ، فينصرف الاستثناء إليهما بخلاف صريح الشرط ؛ لأن اليمين الأولى غير محتاج إلى شرط آخر ، بل يبقى ثابتة بدون شرط آخر ، فانصرف هذا الشرط إلى الشرط الثانى لهذا .

وغيره من المشايخ رحمهم الله تعالى تكلموا فى المسألة على سبيل الابتداء ، وإنه يبتنى على أصل معروف : أنّ حرف الواو إذا دخل بين الجملتين ، الأولى ناقصة ، والأخرى تامّة ، يجعل حرف الواو للعطف ، حتى تصير الجملة التامّة خبرًا للجملة الناقصة . إذا دخل حرف الواو بين جملتين تامّتين ، يجعل حرف الواو للاستئناف لا للعطف ، حتى لا يصير خبر إحدى الجملتين خبرًا للجملة الأخرى .

وجه قول أبى يوسف : أنّ حرف الواو دخل هنا بين جملتين تامّتين ؛ لأنه دخل بين يمينين تامّتين ، فيجعل للاستئناف لا للعطف ، بخلاف قوله : امرأته طالق ، وعبده حر إن شاء الله ، حيث تنصرف المشيئة هناك إلى الجملة ؛ لأن هناك حرف الواو دخل بين الجملتين ، الأولى منهما ناقصة من حيث التعليق ؛ لأنه ذكر خبرًا لا غير ، والأخرى تامّة من حيث التعليق ؛ لأنه ذكر شرطًا وجزاء ، فانصرف الشرط إلى الكل بحكم العطف .

وهما يقولان : حرف الواو دخل بين الجملتين ، الأولى منهما ناقصة ، بيانه : أنّ اليمين الأولى إن كانت تامّة فى حق التعليق بمطلق الشرط ، فهى ناقصة فى حق التعليق بمشيئة الله

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

تعالى، التى يخرج الكلام بها من أن يكون إيقاعا حالا ومآلا، فكانت المشيئة المذكورة فى الجملة الأخرى مذكورة فى الجملة الأولى بحكم العطف. وكذلك الجواب فيما إذا علّقه بمشيئة فلان، انصرف المشيئة إلى اليمينين، ثم إذا انصرفت المشيئة إلى اليمينين، إن كانت مشيئة الله تعالى بطل جميع الكلام، وإن كانت مشيئة فلان توقّف الانعقاد على مشيئة فلان، ذلك فى مجلس العقد إذا تعلّق كل جزاء بشرطه كأنه قال عند مشيئة فلان: امرأته طالق [إن دخل الدار][(1)]، وعبده حرّ إن كلّم فلان. وإن قال: لا أشاء بطل اليمينان، وكذلك إن شاء [إحدى][(2)] اليمينين بطلا؛ لأن الحالف علّق انعقاد اليمينين [بمشيئة اليمينين][(3)]، ولم يوجد ذلك فى المجلس، وصار كما لو قال: امرأته طالق، وعبده حرّ إن شاء فلان مما لا يقع شىء، وطريقه ما قلنا.

٤٩٧٣- وذكر فى "المنتقى": إذا قال: عمرة طالق ثلاثًا إن دخلت الدار، وزينب طالق واحدة إن كلّمت فلانًا، فإنهما يمينان، وإن استثنى بعد آخرهما ينصرف الاستثناء إلى اليمين الأخرى. ولو أراد بالاستثناء اليمينين جميعًا، دين فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يدين فى القضاء، والاستثناء على اليمين الأخيرة فى القضاء. وفى أيمان "الأصل": إذا قال: والله لا أكلم فلانًا آخر [والله لا أكلم فلانًا][(4)] إن شاء الله، إن عنى بالاستثناء اليمين، فهو على ما نوى من غير فصل بين الديانة والقضاء. قال: وإن لم يكن له نية فالاستثناء على اليمين الأخيرة، لأنّ الواو فى اليمين الثانية واو القسم لا واو العطف، فقد ذكرنا فى مسألة "الجامع": أنّ الاستثناء على اليمينين عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، فإن كان ما ذكر فى "المنتقى" قول الكل، صار عن أبى حنيفة ومحمد فى المسألة روايتين.

٤٩٧٤- وفى "المنتقى" أيضًا: إذا قال: عمرة طالق إن شاءت، وزينب طالق إن شاء الله، كان الاستثناء عليهما. ولو قال: عمرة طالق إن شاءت، وزينب طالق إن شاءت، فهما أمران مختلفان، وإذا ذكر عقيبهما استثناء ينصرف الاستثناء إلى آخرهما، وإنه يخالف المذكور فى "الجامع" على ما بيّنا.

٤٩٧٥- وفى "القدورى": إذا قال لها: أنتِ طالق ثلاثًا، وثلاثًا إن شاء الله، وقع

---

(١) أثبت من "ظ" و"ب".

(٢) هكذا فى "ب" و"ف".

(٣) أثبت من "ظ" و"ب".

(٤) أثبت من "ظ".

الثلاث ولغى الاستثناء فى[1] قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: الاستثناء جائز. وعلى هذا الاختلاف إذا قال لها: أنتِ طالق ثلاثًا، وواحدة -إن شاء الله-. ولو قال لها: أنتِ طالق واحدة، وثلاثًا -إن شاء الله-.

٤٩٧٦- ولو قال: أنتِ طالق إن شاء الله، فالاستثناء صحيح فى قولهم جميعًا.

وجه قولهما: أنّ الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع، ولو جمع بلفظ الجمع فقال: أنتِ طالق ستّا -إن شاء الله-[2]، أو قال: أنتِ طالق أربعًا -إن شاء الله-، كان الاستثناء صحيحًا فى قولهم جميعًا فكذا هنا. وجه قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى: إنّ العدد الثانى لغو لا يتعلّق به حكم، فإنّ الزوج لا يملك الإيقاع أكثر من الثلاث، واللغو حشو من الكلام، فيصير كالسكوت[3] بخلاف قوله: أنتِ طالق واحدة، وثلاثًا إن شاء الله؛ لأن العدد الثانى يتعلّق به حكم، فلا يصير لغوا فاصلا بين الإيقاع والاستثناء.

٤٩٧٧- وفى "النوازل": رجل [بلسانه][4] ثقل، لا يتم كلامه إلا بعد طول المدة، حلف بالطلاق وأراد الاستثناء أو التعليق، فطال فى تردّده، إن عرف أنه هكذا يتكلّم، يجوز ديانة وقضاء؛ لأنه موصول معنى لمكان العذر.

٤٩٧٨- وفى "النوازل": إذا قال لها: أنتِ طالق ثلاثًا، فأراد أن يقول الزوج: إن دخلت الدار، فأخذ غيره فمه، إن قال بعد ما خلّى عنه موصولا: إن دخلت الدار، لا يقع؛ لأنه سكت لضرورة، فلا يعتبر فاصلا كما إذا اعترض له عطاس أو جشاء. ولو قال: لله علىّ أن أتصدّق بدرهم اگر، وهو يريد أن يقول: اگر فلان كاركنم، فأخذ إنسان فمه، فلم يتم الكلام، فلما رفع يده عن فمه قال: اگر فلان كاركنم، فالأحوط أن يتصدّق، والفرق أنّ الطلاق محظور، فيتكلّف لإعدامها، وأمكن إعدامها بجعل هذا الانقطاع غير فاصل، كما لو حصل الانقطاع بعطاس، فأما الصدقة عبادة، فلا يتكلّف لإعدامها.

٤٩٧٩- وعلى قياس مسألة النوازل، قالوا: إنّ ما ذكر فى الأيمان أنّ من حلف، وأراد أن يقول فى آخره: إن شاء الله، فسدّ[5] إنسان فمه أنه يكون استثناء، تأويله: إذا ذكر الاستثناء

(١) وفى "ب": عند أبى حنيفة.

(٢) وفى "ظ": أنت طالق ستّا إلا إن شاء الله.

(٣) وفى "م": كالسكوت الثانى.

(٤) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: فى كلامه.

(٥) وفى "م" و"ب": فشدّ.

بعد رفع اليد عن فمه متصلا به، وقد وجدنا في "نوادر هشام" : أنه قال : سألت محمدا رحمه الله تعالى عمّن قال لامرأته : أنتِ طالق ثلاثًا وهو يريد أن يستثني، فأمسكت بفمه، وحالت[١] بينه وبين الاستثناء، قال : يلزمه الطلاق في القضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا قال : أنتِ طالق أستغفر الله إن شاء الله، أو قال : سبحان الله إن شاء الله، كان استثناء ديانة، ولم يكن استثناء قضاء.

٤٩٨٠- وفي "فتاوى أهل سمرقند" : أراد أن يستحلف رجلا، وخاف أن يستثني في السر، فالوجه في ذلك أن يأمره حتى يقول عقيب اليمين كلامًا لا يصلح استثناء أو تعليقًا؛ لأنه إذا فعل ذلك، يمنع الاستثناء لوجود الفاصل -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

نوع آخر في دعوى الزوج الاستثناء وفي إخبار غير الزوج الزوج بالاستثناء:

٤٩٨١- إذا ادّعى الزوج التكلم بالاستثناء أو بالشرط في الخلع، أو ادّعى التكلّم بالاستثناء أو الشرط في الطلاق فالقول قول الزوج، فإن شهد الشهود بخلع أو طلاق بغير استثناء، لم يقبل قول الزوج بعد ذلك، ويقضي القاضي بالطلاق والخلع. وإن شهدوا بالخلع أو بالطلاق، قالوا : لم يسمع منه غير كلمة الخلع والطلاق، والزوج يدّعي الاستثناء فالقول قول الزوج، ولا يقضي بالطلاق إلا إذا ظهر منه ما هو دليل صحة الخلع من قبض البدل، أو ما أشبه ذلك، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في "شرح السير"[٢] في باب ما يصدق فيه الرجل في الردة، فلا تبين منه امرأته في باب الخلع من "الكافي".

٤٩٨٢- وفي "مختصر العصام" : إذا خالع ثم قال : لم أعن به الطلاق، إن كان أخذ جعلا على الخلع لم يصدق قضاء. قال مشايخنا رحمهم الله تعالى : والمراد من أخذ الجعل [ذكر الجعل][٣] لا حقيقة الأخذ، فعلى هذا إن ذكر البدل وقت الطلاق والخلع، لا يصدق قضاء في دعوى الاستثناء [وإن لم يذكر البدل يصدق قضاء في دعوى الاستثناء][٤]. وذكر نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى في فتاواه عن شيخ الإسلام أبي الحسن : أنّ مشايخنا استحسنوا

---

(١) وفي "م" : وخلت.

(٢) وفي "ب" : في "شرح الأصل".

(٣) أثبت من "ب" و "ف"، وكان في "ظ" : الجعل ذكر.

(٤) أثبت من "ب" و "ظ".

فى دعوى الاستثناء فى الطلاق، أن لا يصدق الزوج إلا ببيّنة؛ لأنه خلاف الظاهر[1]، وقد فسد أحوال الناس، فلا يؤمن[2] التلبيس. وحكى عن شمس الإسلام محمود الأوزجندى، أنه كان يقول: إن عرف الطلاق بإقراره يسمع دعوى الاستثناء منه، وإن عرف بالبيّنة لايسمع منه دعوى الاستثناء.

٤٩٨٣- وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله تعالى يقول: لو قال: طلّقت واستثنيت لا يصدّق قضاء، ولو قال: قلت لها: أنتِ طالق واستثنيت، يصدّق قضاء. وذكر محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الإقرار فى باب الإقرار بالعتق: لو قال لعبده: أعتقتكَ أمس، وقلت: إن شاء الله، صدق ولا يعتق العبد، وذكر فى باب الإقرار بالنكاح: إذا قال الرجل لامرأته: تزوّجتكِ أمس وقلت: إن شاء الله، وقالت المرأة: ما استثنيت، فالقول قوله. قال: وكذلك الطلاق والعتق. [والفتوى][3] على ما ذكره شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى أنّ دعوى الاستثناء فى الطلاق صحيح، وكذا فى الخلع، إلا إذا ظهر منه ما هو دليل صحة الخلع. وقد وجدت الرواية فى "المنتقى" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه قال: طلّقتها ولكن كنت نائمًا، ألزمته الطلاق، ولو قال لها: طلّقتها ثم استثنيت، لم يكن مستثنى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وبهذه الرواية تبيّن أنّ ما ذكر فى "الأصل" قول محمد رحمه الله تعالى: إذا طلّق الرجل امرأته، فشهد عنده شاهدان أنك استثنيت موصولا بالطلاق، ولا يتذكر هو ذلك ينظر إن كان بحال إذا غضب يجرى على لسانه ما لا يحفظه بعده، جاز له الاعتماد على قول الشاهدين بناء على الظاهر، وإن لم يكن بهذه الحالة لا يعتمد؛ لأنه خلاف الظاهر.

نوع آخر فى إيقاع عدد الطلاق واستثناء بعضه:

٤٩٨٤- قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عمن قال لامرأته: أنتِ طالق ثلاثًا إلا واحدة، وواحدة [وواحدة][4] قال: وقع الثلاث، وبطل الاستثناء فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وفى قولهما: تطلّق ثنتين. وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنها

---

(١) وفى "ب": خلاف الظاهر بعد.

(٢) وفى "ف": فلا يأمن من التلبيس.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) هكذا فى "ب" و"ف".

تطلّق واحدة . والأصل أنّ استثناء البعض من الكل صحيح ، وإن قلّ المستثنى أو كثر ، وإنما ينظر في هذا إلى اللفظ لا إلى الحكم ، ألا ترى أنه لو قال لها : أنتِ طالق أربعًا إلا ثلاثًا ، صح الاستثناء وإن كان هذا استثناء الكل من الكل ، من حيث إن ذكر الأربع ذكر الثلاث ؛ لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث باعتبار اللفظ ، وسيأتي شيء من هذا في آخر هذا النوع -إن شاء الله تعالى- .

واستثناء الكل من الكل ، باطل بلا خلاف بين أصحابنا ، واختلف ألفاظ المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، بعضهم قالوا : الاستثناء جار مجرى التخصيص ، والتخصيص لايرد على الكل . وبعضهم قالوا : الاستثناء إذا دخل في الكلام يصير متكلمًا بالباقي ، فلابد وأن يكون الكلام باقيًا بعد الاستثناء .

بعد هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : الكلام يحمل على الصحة ما أمكن ، وذلك في مسألتنا في اختصار الاستثناء على الأولى والثانية عند أبي يوسف رحمه الله تعالى ، وعلى الأولى عند محمد رحمه الله تعالى ، وعند ذلك لايتحقق استثناء الكل من الكل . وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول : أول الكلام يتوقف على آخره ، إذا وجد في آخره ما يوجب تغيير حكم أوله ، وبذكر الثالثة يتغير الحكم في الأولى والثانية ؛ لأن الكل إذا اعتبر جملة يلغو الاستثناء ؛ لأنه يصير كأنه قال : أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا . ولو قال لها : أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثًا ، بطل الاستثناء ؛ لأنه استثنى الكل . ولو قال لها : أنت طالق ثنتين وواحدة ، إلا ثنتين فهي ثلاث ، وكذلك الجواب فيما إذا بدأ بالواحدة فقال : أنت طالق واحدة وثنتين الاثنتين فهي ثلاث . أما إذا بدأ بالواحدة فلأن الأصل في الاستثناء أن يصرف إلى ما يليه ، فيصير مستثنيًا لكل ما يتكلم به نظرًا إلى ما يلي الاستثناء فيلغو ، وأما إذا بدأ بالثنتين ؛ لأنه لا يمكن صرف الاستثناء إلى الثنتين المذكورتين في صدر الكلام ، إما لأنه يصير[1] مستثنيًا جميع ما تكلّم به ، وإما لأن الواحدة فاصلة ، ولا يمكن صرف الاستثناء إلى جملة الكلام ؛ لأنه يصير مستثنيًا الواحدة المفردة بتمامها ، فيصير مستثنيًا جميع ما تكلم به نظرًا إلى الواحدة المفردة .

٤٩٨٥- ولو قال لها : أنت طالق واحدة وثنتين إلا واحدة ، يقع ثنتان ويصير مستثنيًا الواحدة من الثنتين ، وإنه استثناء البعض من الكل فيصح . ولو قال لها : أنت طالق ثنتين وثنتين إلا ثنتين ، صح الاستثناء ووقعت ثنتان في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

---

(١) وفي "ب" : لا يصير .

تعالى، ويجعل مستثنى من كل ثنتين تطليقة تصحيحًا لكلام العاقل بقدر الممكن، هكذا ذكره القدورى فى "شرحه". وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى هذه المسألة فى شرحه، وذكر أنه ينوى الزوج، فإن عنى استثناء إحدى الثنتين بكماله، إما الأولى وإما الأخرى، كان الاستثناء باطلا، وإن نوى واحدة من الثنتين الأوليين، وواحدة من الثنتين الأخريين، كان الاستثناء صحيحًا، ويقع ثنتان عندهما. وروى عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال لها: أنتِ طالق ثنتين وثنتين إلا ثلاثًا، قال: هى ثلاث والاستثناء باطل، وكذلك إذا قال لها: أنتِ طالق ثنتين وأربعًا إلا خمسًا، هكذا ذكر القدورى.

٤٩٨٦- وفى "المنتقى": إذا قال لها: أنتِ طالق ثلاثًا وثلاثًا إلا أربعًا، فهى ثلاث فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وهكذا روى عن محمد رحمه الله تعالى، ويصير قوله: وثلاثًا ثانيًا، فاصلا بين الأول وبين الاستثناء. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إنها تطلّق [ثنتين، وهو الظاهر من قول محمد، ولا يصير قوله: وثلاثًا ثانيًا فاصلا بين الاستثناء، وقال أبو يوسف: إنها تطلّق][(١)]. وإذا لم يصر الثانى فاصلا عندهما، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى فى شرحه: أنه ينوى هذا الرجل إن قال: عنيت الثنتين من الثلاث [الأول، والثنتين من الثلاث][(٢)] الآخر، يصح الاستثناء وما لا فلا، ولم يشرط هذه النية فى "المنتقى"، وكذلك لم يشترط شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى هذه النية على قولهما، وصار حاصل مذهبهما كأنه قال لها: أنتِ طالق ستًا إلا أربعًا.

٤٩٨٧- وروى ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال لامرأته: أنتِ طالق ثنتين وثنتين وثنتين إلا أربعًا، فهى طالق ثنتين، ومن حيث المعنى هذه المسألة والمتقدّمة سواء. وإذا قال لها: أنتِ طالق ثلاثًا إلا واحدة أو ثنتين، ثم مات قبل أن تختار واحدة أو ثنتين فهى واحدة، ويجعل الاستثناء على الأكثر. ذكر القدورى فى شرحه: إذا أوقع أكثر من ثلاث ثم استثنى[(٣)]، كان الاستثناء من جملة الكلام لا من جملة الثلاث التى يحكم بوقوعها، نحو أن يقول: أنتِ طالق عشرا إلا تسعا، وقعت واحدة. ولو قال: إلا ثمانية، يقع ثنتان، ولو قال: إلا سبعا، وقع الثلاث؛ فقد صحّح الاستثناء فى هذه الصورة، وإن كان هذا استثناء الكل من الكل؛ لأن هذا استثناء البعض من الكل لفظًا، وقد مرّ شىء من هذا قبل هذا.

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) وفى "ب" و"ف": ثم استثنى كله أن الاستثناء من جملة الكلام... إلخ.

٤٩٨٨- ومن هذا الجنس ما روى عن محمد رحمه الله تعالى فى "النوادر"، إذا قال: نسائى طوالق إلا فلانة وفلانة [وفلانة](١)، وليس له من النسوة سواهنّ، صح الاستثناء؛ لأن استثناء الكل [من الكل](٢) يصح معنى؛ لأن الاستثناء يرد على هذا اللفظ لا على الحكم. ولو قال: نسائى طوالق إلا نسائى لا يصح، وما افترقا إلا باعتبار اللفظ. وفى "البقالى": إذا قال: كل امرأة لى طالق إلا هذه، وليس له غيرها لم تطلق. ولو قال: نسائى طوالق فلانة وفلانة [وفلانة](٣)، إلا فلانة، فالاستثناء جائز؛ لأن قوله: فلانة وفلانة وفلانة تفسير قوله: نسائى طوالق، فيكون الحكم بقوله: نسائى طوالق. ولو قال: نسائى طوالق إلا فلانة، يصح الاستثناء، كذا هنا. ولو قال: فلانة طالق(٤) وفلانة، إلا فلانة، لا يصح الاستثناء. وكذلك إذا قال: هذه وهذه [وهذه](٥)، كان الاستثناء باطلا.

٤٩٨٩- وفى "المنتقى": إذا قال لها: أنتِ طالق ثلاثًا إلا واحدة، أو لا شىء، فهذا لم يستثنِ شيئًا، وطلِّقت ثلاثًا. ولو قال لها: أنتِ طالق ثلاثًا إلا نصف تطليقة، فاعلم أنّ الطلقة لا تتجزّأ فى طرف الإيقاع، وهل تتجزّأ فى طرف الاستثناء؟ فعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لا تتجزأ، وعن محمد رحمه الله تعالى روايتان، حتى إنّ فى هذه المسألة يقع ثنتان عند أبى يوسف رحمه الله تعالى، وإحدى الروايتين عن محمد، ويصير كأنه قال: أنتِ طالق ثلاثًا إلا واحدة. وفى رواية أخرى يتجزأ فى طرف الاستثناء، حتى إنّ فى هذه المسألة يقع الثلاث على هذه الرواية؛ لأنه لما صحّ استثناء النصف، صار تقدير كلامه: أنتِ طالق [تطليقتين ونصف، فتكاملت التطليقة الثالثة، وعلى هذا إذا قال لها: أنتِ طالق](٦) واحدة ونصف إلا واحدة ونصف، فعلى قول أبى يوسف يقع ثنتان، وعن محمد روايتين: فى رواية يقع ثنتان كما هو قول أبى يوسف، وفى رواية يقع واحدة.

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) أثبت من "ظ".

(٣) هكذا فى "ظ".

(٤) وفى "م": ولو قال: فلانة طالق، وفلانة طالق، وفلانة طالق، وفلانة لا يصح.

(٥) أثبت من "ظ" و"ف"، وكان فى "م": وكذا إذا قال: هذه إلا هذه كان الاستثناء باطلا.

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نوع آخر:

٤٩٩٠- وكما يصح الاستثناء من أصل الكلام، يصح الاستثناء من الاستثناء، قال الله تعالى: ﴿إِلا آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ إِلا امْرَأَتَهُ قَدَّرْنَا﴾(١)، استثنى آل لوط من جملة الناس، واستثنى امرأة آل لوط من آله.

٤٩٩١- بيان هذا: إذا قال لها: أنتِ طالق ثلاثًا إلا اثنتين إلا واحدة يقع ثنتان. والأصل في جنس هذه المسائل: أنّ المستثنى ثانيًا يجعل مستثنى من الاستثناء الأول، ثم ينظر إلى ما بقى من الاستثناء الأول، فيجعل ذلك مستثنى من أصل الكلام. إذا ثبت هذا فنقول: الاستثناء الثاني واحدة، فيجعل مستثنى من الاستثناء الأول وهو ثنتان، بقى من الاستثناء الأول واحدة، فيجعل ذلك مستثنى من أصل الكلام وهو الثلث، فبقى من أصل الكلام ثنتان، فهى الواقع.

٤٩٩٢- وعلى هذا إذا قال: أنتِ طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا إلا واحدة، ويجعل الواحدة مستثناة من الاستثناء الثاني وهو الثلث، يبقى من الاستثناء الأول ثنتان، يجعل ذلك مستثنى من الأصل وهو الثلث، فيبقى واحدة فهى الواقع. وكذلك إذا قال لها: أنتِ طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا إلا ثنتين إلا واحدة، وقعت واحدة، والوجه ما ذكرنا. ومن المشايخ رحمهم الله من اعتبر بنوع تقريب، قال: ينبغي أن تعقد العدد الأول بيمينك، والثاني بيسارك، والثالث بيمينك، والرابع بيسارك، ثم أسقط ما في يسارك مما في يمينك، فما بقى فهو الواقع.

نوع آخر من الاستثناء:

[هو](٢) يبتنى على أصلين: أحدهما: أنّ المتكلم بكلام مقرون بالاستثناء، إذا ذكر عقيبه وصفا يليق بالمستثنى منه، يجعل وصفا للمستثنى منه حتى يبطل ببطلانه. وإذا ذكر وصفًا يليق بالمستثنى منه، ولا يليق بالمستثنى، فقد اختلف عبارة المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: يجعل وصفًا للمستثنى منه، حتى يثبت بثبوته تصحيحًا له بقدر الإمكان. وبعضهم قالوا: يجعل وصفًا للكل تحقيقًا لدخوله على الكل، أو تحقيقًا للمجانسة بين المستثنى والمستثنى منه، فإن المستثنى من جنس المستثنى منه في الظاهر.

وإذا ذكر وصفًا يليق بالمستثنى منه والمستثنى، فقد اختلف عبارة المشايخ فيه أيضًا،

---

(١) الحجر: ٥٩.

(٢) أثبت من "ظ".

بعضهم قالوا : يجعل وصفًا للكل ؛ تحقيقًا لدخوله على الكل ، وتحقيقًا للمجانسة ، فيبطل المستثنى بوصفه ، ويبقى المستثنى منه بوصفه . وبعضهم قالوا : يجعل وصفًا للمستثنى منه لاغير ؛ لأنه لو جعل وصفًا للمستثنى منه اعتبر ، ولو جعل وصفًا للمستثنى بطل ، والوصف إنما يذكر للاعتبار لا للإبطال . وهذا كله إذا ذكر وصفًا زائدًا ، أما إذا ذكر وصفًا أصليًا لا يعتبر أصلا ، ويجعل ذكره ولا ذكر سواء .

الأصل الثانى : أنّ الوصف المذكور على سبيل التأكيد ، لا يصير فاصلا بين الطلاق والاستثناء ، ولا بين الطلاق والشرط ، حتى إنّ من قال لامرأته : أنتِ طالق ثلاثًا يا فلانة إلا واحدة ، يقع ثنتان ولا يصير قوله : يا فلانة فاصلا ، لما كان لتأكيد تعريف المحل . وإذا قال لامرأته قبل الدخول بها : أنتِ طالق بائن إن دخلت الدار ، لا تطلق ما لم تدخل الدار ، ولايصير قوله : بائن فاصلا بين الطلاق والشرط ، لما ذكره لتأكيد تعريف الواقع .

جئنا إلى المسائل[١]:

٤٩٩٣- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الزيادات" : إذا قال لامرأته : أنتِ طالق ثلاثًا إلا واحدة للسنة ، كانت طالقًا ثنتين للسنة عند كل طهر تطليقة ؛ لأن وصف السنة يليق بالمستثنى منه [دون المستثنى][٢] ؛ لأنه صفة الواقع ، والمستثنى منه واقع ، أما المستثنى فغير واقع ، فجعلناه صفة للمستثنى منه ، وصار كأنه قال : أنتِ طالق [ثنتين للسنة ، أو نقول : يجعل وصفًا للكل ، ويصير كأنه قال : أنتِ طالق][٣] ثلاثًا للسنة إلا واحدة . وكذلك إذا قال لها : أنتِ طالق ثلاثًا إلا واحدة ، إذا حضتِ وطهرتِ ، أو إن كلّمْتِ فلانًا ، أو إن دخلت الدار ، كانت التطليقتان معلقتين بالحيض والطهر فى المسألة الأولى ، وبالكلام فى المسألة الثانية ، وبالدخول فى المسألة الثالثة ، وينصرف الشرط إلى المستثنى منه دون المستثنى ؛ لأنه يليق بالمستثنى منه ، ولا يليق بالمستثنى[٤] ؛ لأنه إنما يحتاج إلى الشرط فيما يقع ، والذى يقع المستثنى منه دون المستثنى ، أو يقول : ينصرف الشرط إلى الكل ويصير معلقًا الثلاث بالشرط ، مستثنى واحدة منها .

---

(١) وفى "م" : إلى بيان مسائل .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٤) هكذا فى "م" و "ف" ، وكان فى الأصل و "ظ" : لأنه يليق بالمستثنى ولا يليق بالمستثنى منه .

٤٩٩٤- ولو قال لها : أنتِ طالق ثلاثًا البتة إلا واحدة ، أو قال : بائنة إلا واحدة ، كانت طالقًا تطليقتين رجعيَّتين ، ولا يصير قوله : البتة البائنة ، فاصلا بين الاستثناء وبين الإيجاب ؛ لأن كل واحد منهما صفة أصلية للثلاث ، لا يوجد الثلاث إلا وأن تكون منه بائنة ، فصار ذكرهما ولا ذكرهما سواء ، فكأنه قال لها : أنتِ طالق ثلاثًا إلا واحدة . ولو قال لها : أنتِ طالق ثلاثًا إلا واحدة بائنة ، أو إلا واحدة البتة ، طلِّقت تطليقتين رجعيَّتين أيضًا .

٤٩٩٥- وذكر هشام فى "نوادره" : عن محمد رحمه الله تعالى ، أنّ من قال لامرأته : أنتِ بائن إلا واحدة ، ونوى بالبائن الثلاث ، قال : هى طالق واحدة ؛ لأن نية الثلاث إلا واحدة نية الثنتين ، ومن قال لامرأته : أنتِ بائن ينوى ثنتين ، يقع واحدة . وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال لامرأته : أنتِ طالق واحدة البتة[1] إلا واحدة ، ونوى بالبتة الثلاث ، يقع تطليقتان بائنتان ؛ لأنه لما نوى بالبتة الثلاث علم أنه ما جعلها صفة واحدة ؛ لأن الواحدة لاتحتمل نية الثلاث ، فلغى ذكر الواحدة ، وصار كأنه قال : أنتِ طالق البتة إلا واحدة ، وقد نوى بالبتة الثلاث ، وهناك الجواب كما ذكرنا[2] . وإنما ألغينا الواحدة ؛ لأنا لو لم نلغها بطل بها الاستثناء وهو أصل ، وكان إلغاء الواحدة وهى نعت أولى .

٤٩٩٦- قال فى "الزيادات" : إذا قال لها : أنتِ طالق ثنتين البتة إلا واحدة ، فهى طالق واحدة بائنة ؛ لأن البتة تصلح صفة للثنتين [لأن الثنتين لا تكون بتّة بنفسها][3] ، فصح وصفها بالبتة ، وقد استثنى واحدة [منها ، فتقع واحدة][4] بائنة . وكذلك إذا قال لها : أنتِ طالق ثنتين إلا واحدة البتة [فهى طالق واحدة بائنة ، بأن البتة لا تصلح صفة للمستثنى ؛ لأنه لا يقع ، فيجعل صفة للمستثنى منه ، أو يجعل صفة للكل ، وصار كأنه قال : أنتِ طالق ثنتين البتة][5] إلا واحدة ، وهى المسألة المتقدمة .

٤٩٩٧- ولو قال لها : أنتِ طالق ثنتين إلا واحدة بائنة ، أو قال : إلا واحدة بائنًا ، فهى طالق واحدة رجعية ؛ لأن البائن لا يصلح صفة للمستثنى منه ، فإنه لا يقال : تطليقتان بائن ، وإنما يقال : تطليقتان بائنتان ، فيجعل صفة للمستثنى ، فيبطل ببطلان المستثنى ، بخلاف قوله :

---

(١) وفى "م" : فيمن قال لامرأته : أنت بائنة إلا واحدة البتة إلا واحدة . . . إلخ .

(٢) وفى جميع النسخ التى عندنا : كما قلنا .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٥) أثبت من "ظ" و"م" ، ولكن فيه : يقع مكان "لا يقع" .

البتة؛ لأنها تصلح صفة للتطليقتين، فإنه يستقيم أن يقال: تطليقتان البتة. قال فى "الكتاب": إلا أن [ينوى][1] صفة، فحينئذٍ تطلق واحدة بائنة؛ لأنه نوى ما يحتمل لفظه، والبتة قد تنعت الواحدة، قال الله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنَّ السَّمَٰوَاتِ وَالْأَرْضَ كَانَتَا رَتْقًا فَفَتَقْنَاهُمَا﴾[2]، ولم يقل: كانتا رتقين.

(١) هكذا فى "ظ" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل: يكون.

(٢) الأنبياء: ٣٠.

فهرس الموضوعات
للمجلد الرابع من المحيط البرهانى

****